

UNIVERSITÉ DE PARIS — FACULTÉ DE DROIT

LE RECOURS
CONTRE LE
DÉNI D'ADMINISTRATION

*Étude de l'article 7 du décret du 2 novembre 1864
et de l'article 3 de la loi du 17 juillet 1900*

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PRÉSENTÉE ET SOUTENUE

Le vendredi 15 décembre 1911, à 1 heure 1/2

PAR

Jacques PARRICAL de CHAMMARD

Président : M. BERTHÉLEMY, professeur.

*Suffragants : } MM. BARTIN, professeur.
WAHL, professeur.*

PARIS

ÉMILE LAROSE, LIBRAIRE-ÉDITEUR

11, Rue Victor Cousin, 11

—
1911

THÈSE
POUR
LE DOCTORAT

La Faculté n'entend donner aucune approbation
ni improbation aux opinions émises dans les
thèses ; ces opinions doivent être considérées
comme propres à leurs auteurs.

UNIVERSITÉ DE PARIS — FACULTÉ DE DROIT

LE RECOURS
CONTRE LE
DÉNI D'ADMINISTRATION

*Étude de l'article 7 du décret du 2 novembre 1864
et de l'article 3 de la loi du 17 juillet 1900*

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PRÉSENTÉE ET SOUTENUE

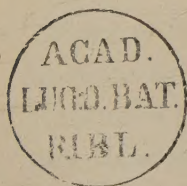
Le vendredi 15 décembre 1911, à 1 heure 1/2

PAR

Jacques PARRICAL de CHAMMARD

Président : M. BERTHÉLEMY, professeur.

*Suffragants : } MM. BARTIN, professeur.
WAHL, professeur.*



PARIS

ÉMILE LAROSE, LIBRAIRE-ÉDITEUR

11, Rue Victor Cousin, 11

1911

LE RECOURS CONTRE LE DÉNI D'ADMINISTRATION

CHAPITRE PREMIER

Considérations générales sur le caractère exceptionnel du droit administratif

Les anomalies nombreuses et les principes exorbitants du droit commun, qui caractérisent le contentieux administratif, n'ont rien qui puisse nous étonner, car ce contentieux tout entier, dans ses origines, ses principes et ses sanctions, est anormal et exceptionnel.

Juger est la première en date et en importance des fonctions du souverain, mais sous la pression des circonstances et par une obscure conscience des nécessités sociales, le roi ne tarda pas à n'exercer cette fonction que par délégation, et c'est ainsi que progressivement apparaît un pouvoir judiciaire qui acquiert

vis-à-vis de la monarchie une certaine indépendance.

Mais, en France, la délégation n'avait été que partielle et le roi retenait une partie de la justice qu'il rendait lui-même, non par l'intermédiaire, mais avec le concours de fonctionnaires, qui instruisent les affaires, émettent des avis, préparent la sentence, mais ne la rendent pas. Théoriquement tout au moins, c'est le roi lui-même, supposé présent en son conseil, qui juge.

La justice s'étant ainsi divisée en deux branches, on comprend que l'évolution de la première se soit poursuivie rapidement, tandis que celle de la seconde, d'où procède le droit administratif, s'est trouvée enrayée par la nature même des choses, de telle sorte que ce dernier, comme le fait ingénieusement observer M. Hauriou, dans une étude dont nous parlerons plus loin, se rattache encore par bien des points aux droits primitifs.

Les effets de ce phénomène historique se trouvent encore accentués par les conditions dans lesquelles fonctionne le contentieux administratif, les matières auxquelles il s'applique, et le principe même qui justifie son existence.

Ses juges, par leur mode de nomination et de révocation, les conditions de leur avancement, sont placés dans la main du pouvoir, et font partie de la hiérarchie administrative, et, comme d'autre part, ils ont à juger presque exclusivement les litiges dans

lesquels sont intéressés l'Etat ou l'administration, il en résulte que celle-ci va se trouver à la fois juge et partie. La seule garantie des particuliers se trouvera constituée par ce fait, que l'affaire sera examinée par des fonctionnaires autres que ceux avec lesquels ils se trouvent en conflit, possédant une compétence particulière, placés dans des conditions de nature à assurer leur impartialité, et qui se livreront à un examen minutieux et contradictoire, de façon à mettre dans leur décision un maximum de justice et de certitude.

D'autre part, il faut remarquer que les juges administratifs ne connaissent pas de tous les procès dans lesquels l'État est partie ; il en est un certain nombre, qu'il abandonne aux magistrats ordinaires ; ce sont ceux intervenant dans des matières où l'intérêt privé exige plus de garanties, tandis que l'intérêt général en réclame moins ; et il ne réserve aux tribunaux administratifs que les litiges touchant plus ou moins à l'exercice de la puissance publique. D'où il suit que la raison d'être de la juridiction administrative est donc de placer l'exercice de la puissance publique en dehors de l'action des tribunaux judiciaires.

Tout cela donne au contentieux administratif un caractère exceptionnel, qui est de son essence, et explique surabondamment l'existence de règles qui lui soient propres.

Cependant, le contentieux administratif a subi une évolution, qui tend à le rapprocher du contentieux de droit commun, et qui s'est manifestée dans les faits, dans la pratique de la jurisprudence, aussi bien que par les tendances des textes nouveaux. La théorie du ministre-juge, où apparaissait avec le plus d'évidence la conception ancienne, a disparu, et ce n'est que dans des hypothèses exceptionnelles et, du reste, peu importantes, que le ministre joue un rôle judiciaire. Le Conseil d'État, qui, jusqu'en 1872, ne faisait, même en matière contentieuse, qu'émettre des avis, la sentence émanant fictivement du chef de l'État, rend aujourd'hui les arrêts en son propre nom. Le contentieux administratif se trouve donc remis à deux corps, qui constituent de véritables tribunaux et dont les membres, bien que n'étant pas couverts par l'inamovibilité, ont montré que l'indépendance du juge prend sa source dans sa conscience plutôt que dans les garanties que la loi lui accorde, et offrent à ce point de vue des garanties équivalentes à celles fournies par les tribunaux judiciaires proprement dits.

Mais, l'étape la plus importante peut-être de cette évolution se trouve constituée par le décret du 2 novembre 1864 et la loi du 17 juillet 1900, qui ont fait disparaître l'élément le plus important de l'arbitraire administratif en supprimant le privilège dont jouissait l'administration et qui lui permettait de ne com-

paraître devant ses propres juges que lorsqu'elle le voulait bien.

Ce sont les conditions, le caractère et la portée de cette réforme, que nous nous proposons d'étudier dans les pages qui vont suivre.

CHAPITRE II

Brèves indications sur la théorie de la décision préalable et son fondement doctrinal

En droit civil, l'individu, qui se prétend lésé, peut directement se pourvoir devant les tribunaux. Dans certains cas, à la vérité, il devra mettre la partie adverse en demeure, ou se prêter à la formalité préalable de la tentative de conciliation ; mais s'il n'obtient pas satisfaction, la procédure suivra son cours.

En matière administrative, en vertu d'une règle dont l'origine est obscure, mais dont le domaine s'est progressivement étendu, et dont l'application est devenue indiscutable, une demande tendant à faire condamner l'État, le département ou la commune doit être au préalable soumise à l'administration compétente, c'est-à-dire au ministre, au conseil général, au préfet, au conseil municipal, et ce n'est que contre les décisions rendues par ces derniers, que le demandeur pourra se pourvoir devant le Con-

seil d'État ; nous disons devant le Conseil d'État, car cette exigence n'existe pas, quand il s'agit d'une action relevant des tribunaux judiciaires ou du conseil de préfecture.

Cette situation était exprimée par une formule, qui était devenue un axiome et l'on disait : « que le contentieux administratif était créé par la décision « préalable ».

Comment expliquer en doctrine un tel système ?

Cette explication était moins nécessaire tant que dura la théorie du ministre-juge de droit commun. La décision préalable apparaissait alors comme le jugement de premier ressort indispensable pour que le tribunal d'appel puisse statuer à son tour, et, en effet, pendant cette période, les motifs des arrêts de rejet s'expliquent sur ce point très nettement : « Les « demandes, y est-il dit, n'ont pas été en premier ressort devant le ministre... Il n'existe pas de décision d'une autorité ayant statué en premier ressort. »

Mais, lorsque l'on cessa de considérer le ministre comme un tribunal administratif, la nécessité de la décision préalable ne disparut pas et il devenait nécessaire de lui trouver une autre justification.

M. Artur estime qu'il n'en existe pas et qu'il faut simplement y voir une conséquence illogiquement conservée du régime ancien. Bien qu'on ne puisse plus voir dans la décision préalable un jugement,

elle continue à en avoir le caractère et à en produire les effets (1).

Mais d'autres auteurs l'expliquent autrement.

Ce qui forme le litige, dit M. Bouchené-Lefer, c'est l'opposition entre deux prétentions, et tant que l'administration n'a pas manifesté son intention de repousser une demande par la décision préalable, le litige n'existe pas, et il n'y a pas lieu à jugement (2).

M. Bouvier (3) adopte une opinion assez voisine de celle-ci : La cause directe d'un procès est constituée, moins par le fait originaire que par le refus de réparation. Même dans les rapports entre particuliers, la partie lésée n'actionnera en général l'auteur du dommage qu'après avoir fait une démarche auprès de lui, afin de connaître ses intentions. Sans doute, elle n'y est pas contrainte et peut intenter directement son action, mais, c'est parce que l'on peut soupçonner un particulier de résister injustement à une juste demande, parce que l'on peut craindre que l'animosité existant entre les parties ne les empêche d'entendre la voix de la raison, ou encore

1. Séparation des pouvoirs et séparation des fonctions de juger et d'administrer, *Revue de droit public*, 1900, t. XIV, p. 436.

2. Distinction entre l'autorité et la juridiction administrative. *Rev. prat. de dr. français*, 1864.

3. Note. Pandectes françaises, 1906. 4.27. Arrêt du Conseil d'État du 30 juin 1905. Dép. de la Mayenne contre Dép. d'Ille-et-Vilaine.

parce que le défendeur, mauvais juge dans sa propre affaire, reconnaîtra malaisément qu'il a tort.

La situation ne se présente pas de la même manière au regard de l'administration : il est juste de présumer la bonne foi de celle-ci, et il n'y a pas à se préoccuper du sentiment d'amour-propre et d'irritation qui empêche tant de plaideurs de reconnaître leurs torts, car, en général, la décision n'émanera pas de la même personne que celle qui a accompli le fait incriminé. Dans ces conditions, il est naturel d'exiger que la partie demanderesse ne puisse tenter l'action que lorsque l'autorité administrative aura, par une décision réfléchie, repoussé sa demande.

Des explications plus savantes ont été fournies par M. Hauriou (1). Elles sont basées sur la susceptibilité de l'autorité administrative, de la puissance publique, qui ne pouvait soumettre ses actes à un jugement qu'en sauvegardant sa dignité et en se réservant certains privilèges.

Partant de là, l'éminent professeur a successivement formulé deux théories :

La première est celle du recours contre l'acte. Le contentieux administratif a surtout un caractère objectif. On ne s'en prend pas à la personne administrative, mais à l'acte que l'on va détruire, et ce n'est

1. *Éléments du contentieux. Recueil de législation de Toulouse*, 1905.
La gestion administrative, p. 5, s.

que très accessoirement que l'on condamnera l'administration à payer des dommages. Or, l'acte qui apparaît ainsi comme la condition de formation du contentieux administratif sera constitué par la décision préalable.

A l'appui de sa conception, M. Hauriou observe que, tandis que le droit civil a terminé son évolution, le droit administratif continue la sienne et se rattache encore à quelques égards aux droits primitifs ; or, ce qui caractérise ces derniers c'est le respect de la susceptibilité du plaideur ; ce n'est pas à lui que l'on s'en prend directement, mais à son acte, dont on fait disparaître les traces et dont au besoin on répare les conséquences. L'application de cette idée en matière de contentieux administratif s'explique d'autant mieux que la partie en cause est la puissance publique particulièrement soucieuse de sa dignité.

Cet ingénieux rapprochement entre le droit administratif et les anciens droits a conduit plus tard le même auteur à une théorie plus ingénieuse peut-être encore (1).

Les procédures primitives, remarque-t-il, ignorent en général les condamnations par défaut. Pour que l'instance soit liée, pour que le quasi-contrat judiciaire se forme, il faut le concours volontaire des

1. *Op. cit.*, p. 48, s. 57, s.

deux plaideurs ; il faut donc que le défendeur accepte le procès. Pour l'y contraindre on emploiera des procédés plus ou moins rigoureux, mais cette acceptation est indispensable.

C'est ce qui existait à Rome sous le régime des *Legis Actiones*, et peut-être pourrait-on trouver quelques traces de cette idée dans notre droit civil, où la condamnation par défaut intervenant, dans la plupart des cas, sans examen de l'affaire, allouant au demandeur ses conclusions souvent exagérées sans vérification, apparaît, moins comme véritable jugement, que comme une contrainte exercée sur le plaideur, pour l'amener à comparaître par voie d'opposition devant le magistrat.

Cette même conception se retrouverait logiquement dans le droit administratif, et la « décision préalable » ne serait autre chose que l'acceptation de l'instance par l'administration. Celle-ci ne comparaitrait donc devant le juge administratif que librement et spontanément, puisque jusqu'au décret de 1864 et à la loi de 1900, on n'avait institué à son égard aucun procédé de contrainte ; par rapport à elle le contentieux administratif prend dans une certaine mesure le caractère d'un arbitrage.

M. Hauriou, et peut-être ici exagère-t-il quelque peu son système, estime, du reste, que le mémoire préalable, que doit présenter le demandeur dans les hypothèses où l'administration est justiciable des tri-

bunaux judiciaires, ne serait en somme qu'une adaptation de la théorie de l'acceptation de l'instance.

Au surplus, on comprend très bien qu'une différence se soit établie, à propos des affaires où l'État est partie, entre celles qui ressortissent de la justice civile et celles qui sont soumises aux tribunaux administratifs. Les premières en général ne touchent pas à ses intérêts vitaux, et l'État a pu, sans trop d'inconvénients, accepter d'être, à peu de chose près, traité comme un simple particulier, et discuter avec son adversaire sur un pied d'égalité. Au contraire, les litiges qui forment le contentieux administratif se rattachent plus ou moins à l'exercice de la puissance publique, et on peut s'expliquer, qu'à leur sujet, l'administration se réserve des privilèges auxquels elle renonce à propos des autres, et qu'elle marque ici sa supériorité par rapport aux administrés.

Il ne nous appartient pas, dans cet exposé préliminaire, de faire la critique de ces différents systèmes. Peut-être cependant pourrions-nous remarquer que les origines confuses du Droit administratif et le caractère fragmentaire et empirique de sa création ne permettent guère d'expliquer ses règles par des théories trop absolues. Nous admettrions assez volontiers que les diverses explications théoriques qui ont été données de la « décision préalable » contiennent toutes une part de vérité.

L'administration comparaissant devant des juges,

qui dépendent d'elle ou font partie de sa hiérarchie ne saurait facilement se considérer comme un plaideur ordinaire, et l'on s'explique qu'elle ait eu tendance à affirmer son autorité et à sauvegarder sa dignité, en se réservant le privilège de n'être partie dans une instance, qu'après l'avoir volontairement acceptée par la « décision préalable ». On devait, d'autre part, être d'autant plus facilement amené à admettre celle-ci, que la personne administrative n'est réellement en faute que lorsqu'elle a refusé de réparer les conséquences du fait dommageable accompli par un de ses subordonnés. Enfin, il faut remarquer que le système de la « décision préalable » s'est formé à l'abri de la théorie du ministre-juge et que, lorsque celle-ci a disparu, on n'a plus eu à innover, mais simplement à conserver et à expliquer une règle déjà établie.

Quoi qu'il en soit de l'explication assez délicate du principe, son existence est aujourd'hui certaine, et son domaine d'application assez nettement déterminé.

On est d'accord pour reconnaître qu'elle ne s'applique pas aux actions introduites devant le conseil de préfecture, soit parce qu'étant donné la nature de ces actions, les unes supposent nécessairement l'existence d'une décision préalable et les autres, c'est-à-dire celles relatives aux travaux publics et ventes domaniales, sont, comme le fait observer M. Ber-

thélémy, un élément du contentieux judiciaire arbitrairement réuni au contentieux administratif.

Devant le Conseil d'État lui-même, le recours direct est parfois possible (1), mais seulement dans des cas exceptionnels et peu importants et l'on peut poser en principe que devant cette juridiction la décision préalable est nécessaire.

Cette nécessité n'existait naguère que quand il s'agissait d'une action introduite contre l'État, mais elle a été étendue à celles intentées contre les départements ou les communes, depuis le moment où le Conseil d'État s'est annexé le contentieux départemental et communal.

1. Voir *infra*, pages 69 et s.

CHAPITRE III

Avantages et abus de la théorie du préalable Déni de justice et déni d'administration

Le système de la décision préalable ne laisse pas que de présenter certains avantages.

En premier lieu, il évite les procès inutiles, et va jouer en matière administrative un rôle assez semblable à celui que joue le préliminaire de conciliation en matière civile, et il n'est pas illogique d'admettre qu'il est susceptible de rendre encore plus de services que ce dernier.

Lorsque les plaideurs comparaissent devant le juge conciliateur, ils ont presque toujours, au préalable, poursuivi directement entre eux des pourparlers, opposé des prétentions adverses qui n'ont pu s'accorder et le procès est devenu inévitable. Aussi les hypothèses dans lesquelles aboutit la tentative de conciliation sont-elles très rares, et, dans bien des cas, cette tentative n'est plus considérée que comme une formalité inutile, qui n'a d'autre effet que de retarder la procédure.

Il n'en va pas tout à fait de même en matière administrative. Sans doute l'individu lésé aurait la faculté d'adresser à l'administration une réclamation gracieuse ou d'exercer un recours hiérarchique ; mais l'un et l'autre risquent d'être arrêtés au passage ou paralysés dans leurs effets par la mauvaise volonté ou l'inertie d'un employé ; peut-être n'auront-ils pas été adressés ou ne parviendront-ils pas aux fonctionnaires compétents pour en connaître. A cet inconvénient des réclamations écrites viennent s'ajouter ceux des réclamations orales et des démarches personnelles. Combien de fois arrive-t-il que l'administré erre, pendant de longues heures ou des journées consécutives à travers les couloirs, renvoyé de bureau en bureau, sans arriver à rencontrer ou à trouver le fonctionnaire qui doit l'entendre !

De telle sorte qu'il pourrait parfaitement se faire que, le demandeur ayant évidemment raison, et l'administration n'ayant aucun motif pour repousser sa réclamation, un procès s'engageât cependant, faute d'un examen suffisant de l'affaire par celui à qui il appartenait de l'examiner.

Or, c'est là une situation fâcheuse certainement pour l'administré qui exposera des frais et du temps, mais qui ne l'est pas moins pour l'administration, qui perd de sa dignité, et la dignité ici est un élément de sa force, à résister à une réclamation juste, et à encourir une condamnation qui sera humiliante

et diminuera la confiance que l'on doit avoir en son impartialité et en sa justice.

Tout cela est évité, si l'on exige une « décision préalable », qui ne sera rendue que sur enquête, et après un examen réfléchi de l'autorité compétente.

Il n'y aura alors litige, que dans le cas où la demande sera injustifiée ou se heurtera à des arguments sérieux.

D'autre part, les enquêtes hiérarchiques, qui devront nécessairement précéder « la décision préalable », assureront ce contrôle du supérieur sur le subordonné, qui constitue un élément de bonne administration.

Cette décision, en outre, présentera pour le demandeur lui-même des avantages certains. Des exemples célèbres prouvent combien il est parfois difficile aux plaideurs même expérimentés de ne point s'égarer dans le labyrinthe du droit administratif et de discerner le tribunal auquel ils doivent s'adresser pour obtenir justice. La décision préalable fera disparaître ces incertitudes.

Enfin, le juge lui-même verra grâce à elle sa tâche facilitée ; en effet, dit M. Hauriou : « il peut en toute « liberté examiner les actes de l'administration, jus-
« tement parce que, enfermé dans l'examen d'actes
« déjà posés, il ne sera pas arrêté par la préoccupa-
« tion de ne pas empiéter sur les attributions de l'ad-
« ministration active (1). »

1. Hauriou. *Précis de droit administratif*.

En revanche, la théorie de la décision préalable aboutissait à un abus monstrueux, qui suffisait à contrebalancer et au delà les avantages que nous venons d'indiquer. Si elle protégeait à la fois les administrés et l'administration contre les dangers d'instances témérairement engagées, elle avait également et surtout comme effet d'enlever aux particuliers toutes les garanties pouvant résulter en leur faveur de l'organisation de la justice administrative.

Aux réclamations les mieux justifiées l'autorité administrative pouvait opposer la force d'inertie et, tant qu'elle se refusait à répondre et à ouvrir elle-même aux réclamants la porte du prétoire en rendant une décision préalable, ceux-ci étaient dans l'impossibilité d'introduire leur action. La justice administrative prenait donc un caractère particulier ; elle apparaissait comme une sorte d'arbitrage auquel l'administration se soumettait le plus souvent, il est vrai, par la « décision préalable », mais en restant maîtresse de s'y soustraire.

Non seulement elle jouissait du privilège de comparaître devant des juges choisis par elle, pris dans son sein et faisant partie de sa hiérarchie, mais elle avait encore la faculté de se dérober par le silence à tout débat.

En théorie, cette situation était incompatible avec l'idée moderne de la justice ; elle soumettait le contentieux administratif au préliminaire d'une sorte de

recours gracieux ou hiérarchique, que l'autorité défenderesse avait le droit soit de dédaigner, soit d'accueillir, en permettant dans ce dernier cas seulement l'introduction d'une action et la poursuite d'une procédure.

En fait, les particuliers lésés étaient plus mal partagés que si la loi leur eût refusé brutalement tout recours contre l'administration, car alors ils eussent su à quoi s'en tenir, tandis que le régime créé par la « décision préalable », que l'autorité administrative pouvait à sa volonté rendre ou ne pas rendre, les laissait dans une cruelle et longue incertitude : c'étaient pour eux les réclamations renouvelées, les démarches réitérées, les espérances sans cesse déçues, les attentes mortelles...

Si l'on joint à cela les incertitudes relatives à la compétence, les lenteurs de l'instance et aussi un peu la crainte injustifiée, au reste, de rencontrer des juges partiaux, on comprend les hésitations que les particuliers pouvaient éprouver à s'adresser à la justice administrative qui apparaissait à beaucoup comme un trompe-l'œil et un leurre.

L'abus était surtout choquant lorsque le refus de statuer émanait du ministre, et au cours de la période pendant laquelle il était considéré comme un juge. L'acte que l'on attendait de lui n'était pas simplement un acte d'administration, mais un véritable jugement et son abstention prenait le caractère d'un déni de justice.

La justice est le premier devoir de l'État à l'égard des individus, et l'omission de ce devoir par le juge, quel qu'il soit, à qui il incombe, est de tous temps apparue comme une criminelle offense à l'égard des particuliers. Même dans la grossière organisation féodale, le refus par le seigneur de rendre justice au vassal ouvrait à ce dernier un recours devant le suzerain, et il n'est pas un de nos codes modernes qui n'ait inscrit en tête de ses textes l'obligation de juger, même quand le silence, l'obscurité ou l'insuffisance de la loi pourraient constituer pour le juge une raison de s'abstenir. C'est ce que dit expressément l'article 4 de notre Code civil, et l'article 185 du Code pénal renouvelle et sanctionne cette injonction qui s'adresse, non seulement aux juges ou aux tribunaux, mais encore à « tout administrateur, toute autorité administrative qui, sous quelque prétexte que ce soit, aura dénié la justice qu'il doit aux parties ».

Cependant la jurisprudence et les auteurs qui, en dehors de ses fonctions propres, accordaient au ministre des pouvoirs judiciaires, et faisaient de lui le juge de droit commun en matière administrative, ne semblent pas un seul instant s'être préoccupés de le soumettre à l'application de cette règle fondamentale de notre législation.

Il est juge unique, juge dans la cause de l'administration, c'est-à-dire dans sa propre cause, et il est libre de ne pas juger. Les justiciables n'ont même

pas cette garantie que leur accordait la barbarie du droit féodal, et qui leur permettait, dans le cas de déni de justice de la part de leur seigneur, de porter le litige devant le juge supérieur, c'est-à-dire le suzerain.

C'était évidemment le triomphe de l'arbitraire ; mais cet arbitraire était d'autant plus à redouter que le ministre n'est pas personnellement saisi de l'affaire, que le plus souvent il l'ignore, qu'il ne l'instruit jamais, et que ce refus de statuer, qui va avoir au point de vue des droits individuels des conséquences tellement importantes et fâcheuses, sera motivé par la mauvaise volonté, la négligence et l'apathie de subalternes anonymes et irresponsables.

Qu'un pareil état de choses ait pu se maintenir pendant de longues années, qu'il ait pu être accepté par des auteurs et par des cours de justice, cela ne peut s'expliquer que par le caractère anormal et exceptionnel du contentieux administratif.

Lorsque le ministre cessa d'être considéré comme un juge, la situation que nous venons de caractériser, et qui, comme nous le savons, persista, devint à la vérité moins choquante en théorie, mais en pratique, elle conserva les mêmes conséquences. L'article 4 du Code civil et l'article 185 du Code pénal cessèrent d'être violés ; on ne pouvait plus dire qu'un juge se refusait à juger, mais c'était un fonctionnaire qui n'accomplissait pas un acte de sa fonction, et son abstention n'empêchait pas moins le particulier

lésé d'obtenir réparation. Il n'y avait plus de déni de justice, mais suivant l'heureuse expression de M. Berthélémy, que nous avons empruntée en la donnant pour titre à ce travail, il y avait *déni d'administration*.

CHAPITRE IV

Du déni d'administration. Examen théorique des moyens à employer pour en éviter les inconvénients.

Le déni d'administration est le fait par un administrateur de se refuser ou de s'abstenir d'accomplir un acte de sa fonction.

Il présente évidemment une grande analogie avec le déni de justice, constitué par le non accomplissement par le juge d'un devoir de sa charge.

Mais il existe entre l'un et l'autre de grosses différences théoriques et pratiques. Le juge, qui ne fait qu'appliquer à un fait particulier une règle générale, est soumis à une obligation étroite, précise, qui, en principe, ne laisse aucune place à son initiative. Si, en fait, il dispose souvent d'un large pouvoir d'appréciation, c'est par suite de l'obscurité ou des lacunes de la loi, ainsi que de la complexité des actes et des sentiments humains, et non à cause de la nature de sa fonction qui, en soi, devrait s'accomplir avec l'automatisme d'une opération mathématique.

Cette initiative interdite au juge est, dans beaucoup de cas, indispensable à l'administrateur.

C'est sans doute pour cela que, si le déni de justice est traditionnellement prévu, défini et puni par les lois civiles et pénales, il n'existe traditionnellement et, en général, aucun moyen d'empêcher et de réprimer les dénis d'administration, alors même que, comme dans le cas qui nous occupe, ils aboutissent à de véritables dénis de justice.

C'est ce qu'explique M. Laferrière : « S'il (le silence
« de l'administrateur) se prolongeait outre mesure,
« soit par inertie des bureaux, soit par un parti pris
« de laisser la réclamation sans réponse, il serait pro-
« fondément regrettable au point de vue de la bonne
« administration, mais il ne pourrait donner lieu,
« dans l'état actuel de la législation, qu'à un recours
« devant le Parlement par voie de pétition, et non à
« un recours contentieux (1). »

Et ailleurs : « Il n'appartient pas à cette juridic-
« tion (le Conseil d'État) d'intervenir par voie d'in-
« jonction dans le domaine de l'administration active ;
« or, à quoi pourrait tendre une réclamation conten-
« tieuse formée contre l'inaction d'une autorité admi-
« nistrative, sinon à faire juger que cette autorité doit
« agir et comment elle doit agir ? On placerait ainsi une
« certaine part d'impulsion et d'action administrati-

1. *Traité de la juridiction administrative*, première édition, p. 385.

« ves dans le domaine d'une juridiction, c'est-à-dire
« là où ne sauraient résider, ni l'exercice direct de
« la puissance publique, ni la responsabilité qui s'y
« rattache (1). »

Quelle sera donc en ce cas la garantie des particuliers contre l'arbitraire administratif ?

L'auteur, que nous venons de citer, parle du droit de pétition. Ce droit est solennellement garanti aux citoyens par notre droit public et constitutionnel, mais, dans la pratique, il présente une efficacité plus que douteuse. Dans la plupart des cas, en effet, les pétitions adressées aux Chambres sont, après un examen que nous voulons croire approfondi et sérieux, purement et simplement renvoyées au ministre compétent, ce qui, en fait, et plus particulièrement dans la situation que nous envisageons, revient à dire qu'on ne leur donne aucune suite.

Pour qu'il en fût autrement, il faudrait qu'un membre du Parlement, par voie de question et d'interpellation, mît directement en jeu la responsabilité ministérielle. Mais à cause de sa gravité et des concours qu'il exige, ce procédé ne saurait être envisagé que dans des cas tout à fait exceptionnels.

Peut-il convenir de s'en rapporter uniquement à la bonne volonté de l'État ? Sans doute, suivant l'expression forte et vraie de M. Aucoc : « l'État est hon-

1. *Traité de la juridiction administrative*, deuxième édition, p. 429.

nête homme » et il est permis de croire que, d'une façon générale, il ne fera rien de contraire à l'équité et ne se refusera pas à reconnaître des droits évidents.

Il est même indispensable de présumer à l'administration une certaine moyenne d'honneur, de bon vouloir et de zèle, car, dans un grand nombre de circonstances, on ne saurait concevoir à son égard de sanctions externes, et on est forcé de compter qu'elle observera volontairement les règles objectives (1) qui lui sont imposées.

Il existe même certaines hypothèses, où l'on ne peut pas concevoir qu'elle ne le fasse pas. Il ne viendrait à l'idée de personne de supposer que l'État se refusât à payer les annuités de la rente ou à exécuter une condamnation prononcée contre lui, bien qu'il n'existe pas de force supérieure qui puisse l'y contraindre.

Mais si cette garantie est parfois la seule qui puisse coexister avec le libre exercice de la puissance publique, si parfois elle peut en fait être considérée comme suffisante, il y a des cas où son efficacité sera plus douteuse, et parmi eux il faut placer au premier rang celui qui nous occupe.

« Que l'État soit honnête homme », nous l'admet-

1. Barthélémy. *Essai d'une théorie sur les droits subjectifs des administrés*. Paris, Larose, 1899.

tons volontiers ; qu'en général, les fonctionnaires le soient également, c'est plus que probable, mais est-ce que l'honnêteté et le sentiment du devoir, que nous sommes disposés à leur reconnaître, nous assurent qu'ils ouvriront spontanément aux administrés le prétoire dont ils conservent la clef entre les mains ? C'est douteux, et le fait qu'ils n'agissent pas dans leur intérêt individuel ne nous assure pas de leur impartialité, au contraire.

Tel homme, en effet, qui serait incapable d'accomplir à son profit un acte d'arbitraire, aura beaucoup moins de scrupules, si l'intérêt général est en jeu ; en le faisant il croira facilement faire son devoir.

Assez généralement, il se développe chez les fonctionnaires un sentiment qui en soi peut être louable et fécond, mais qui, à notre point de vue, ne laisse pas que d'être singulièrement dangereux, c'est celui de la dignité et de l'infailibilité de l'administration à laquelle ils appartiennent ou qu'ils dirigent. Tout individu qui réclame leur est suspect, et si, par cas, après que l'on a refusé de lui donner satisfaction, il manifeste l'intention de se pourvoir devant un tribunal quelconque, ils le considéreront comme un insurgé et estimeront de très bonne foi que l'intérêt public exige que l'on mette obstacle à ses réclamations et qu'on l'empêche de formuler publiquement, au cours d'une instance, des critiques qu'ils estiment injustifiées.

Ainsi, telle grande administration dont la susceptibilité est traditionnelle, supportant malaisément l'autorité ministérielle, plus malaisément encore les réclamations des administrés, a usé et abusé du privilège que lui concédait la théorie de la décision préalable et provoqué la formation d'une jurisprudence dont nous parlerons plus loin.

Il apparaissait donc indispensable de remédier aux inconvénients d'une telle situation ; mais quel procédé devait-on employer pour atteindre ce but ?

Fallait-il pour cela supprimer purement et simplement la nécessité de la décision préalable ? C'est ce que soutenait notamment M. Artur avec beaucoup de force et d'ardeur (1).

Il demeure du reste dans la logique du système auquel nous avons fait allusion un peu plus haut. Si, comme il le pense, la théorie de la « décision préalable » se rattache étroitement à celle du ministre-juge, la première ne doit pas survivre à la seconde. Quand le ministre était considéré comme un juge du droit commun et du premier degré, il était logique qu'une affaire ne pût être soumise au tribunal supérieur qu'après qu'il aurait lui-même statué, mais aujourd'hui cette obligation ne s'explique plus.

Sans être aussi affirmatif, M. Hauriou estime que les réformes jurisprudentielles et législatives dont

1. *Revue du droit public*, 1900, 1902, 1903. Séparation des pouvoirs et séparation des fonctions de juger et d'administrer.

nous allons parler marquent une étape dans une évolution qui, rapprochant le contentieux administratif du contentieux de droit commun, conduira au recours direct.

Cependant, et malgré l'autorité qui s'attache à de telles opinions, nous pensons avec M. Bouvier que la décision préalable, à la condition de faire disparaître les abus auxquels elle a donné lieu, présente des avantages certains.

Ces avantages, nous les avons déjà indiqués et nous n'y reviendrons que pour insister sur l'utilité évidente qu'il peut y avoir, non seulement pour les particuliers, mais encore pour la puissance publique, à ce que des litiges ne s'engagent pas quand ils pourraient être évités, et à ce que l'administration ne soit pas actionnée, attaquée, critiquée, sans avoir été mise en demeure de dénier le droit du demandeur ou de le reconnaître. On doit présumer que, toutes les fois qu'elle a injustement lésé l'intérêt des particuliers, elle ne demande pas mieux que de rétracter son acte ou d'en réparer les conséquences, et il convient de la mettre en demeure et en mesure de le faire. Ces divers résultats sont parfaitement atteints par la décision préalable, et il faut simplement chercher, tout en lui conservant son utilité, à faire disparaître ses inconvénients.

Ne serait-il pas possible d'y arriver en assimilant au déni de justice proprement dit le déni d'adminis-

tration, au moins lorsqu'il a pour effet d'empêcher un particulier d'introduire une instance, c'est-à-dire quand il aboutit en fait aux mêmes conséquences que le déni de justice ? Il faudrait, en ce cas, établir en matière administrative une procédure analogue à celle qu'indique l'article 507 du Code de procédure civile et décider que le fonctionnaire coupable du déni d'administration pourra, soit être soumis aux dispositions de la loi pénale, soit pris à partie et passible de dommages.

Si, à première vue, une telle conception peut paraître assez logique, il suffit d'examiner les choses d'un peu près pour constater qu'elle est absolument impraticable. Le fonctionnement de notre administration est tellement complexe qu'il serait souvent difficile de déterminer à quel employé subalterne remonte la cause du déni ; en effet, dans la plupart des hypothèses la responsabilité n'en saurait équitablement être imputée à l'autorité administrative, à qui il appartenait de rendre la décision. Ceci apparaît avec évidence pour les ministres dont la situation serait intenable, s'ils devaient porter le poids de toutes les fautes ou de toutes les négligences des bureaux ; c'est, du reste, sans doute en partie pour cela que la responsabilité civile des ministres, consacrée par notre législation, n'a jamais été effectivement mise en pratique.

Encore moins pourrait-on concevoir une sanction du déni d'administration à l'égard des membres des

assemblées délibérantes, tels que les conseillers généraux et les conseillers municipaux.

Sans doute, il serait plus pratique de prononcer contre l'administrateur qui s'abstient systématiquement de rendre la « décision préalable » que l'on attend de lui une sorte de déchéance partielle, en le déclarant, au bout d'un certain délai, dessaisi de l'affaire, et en autorisant le plaideur à porter sans plus attendre le litige devant le tribunal compétent (1).

Ce système qui pratiquement aboutirait au même résultat que celui que nous allons examiner dans le chapitre qui va suivre, aurait néanmoins l'inconvénient de porter atteinte à la dignité de l'administration et, en cas d'abstention, d'établir à son égard une présomption de faute, présomption qui pourrait parfois être contraire à la réalité des choses.

1. Ce système semble avoir été adopté du reste par notre législation dans des cas spéciaux. Décret du 16 mars 1880 (art. 12) sur les élections au Conseil supérieur de l'Instruction publique et aux conseils académiques et décret du 12 novembre 1886 (art. 12) sur les élections des membres du conseil départemental de l'enseignement primaire : « Faute par le ministre d'avoir prononcé dans le délai d'un mois, la réclamation devra être portée devant le Conseil d'État, statuant au contentieux. »

CHAPITRE V

La signification de l'abstention. — Le devoir du fonctionnaire. — L'administration positive et l'administration négative. — La présomption de rejet.

Tout fonctionnaire a le devoir d'accomplir les actes de sa fonction ; c'est là une formule qui s'impose par voie d'évidence et ne nécessite pas une plus ample démonstration.

Quand il s'agit des fonctionnaires de l'ordre judiciaire, ce devoir est sanctionné par la procédure du déni de justice et les dispositions du Code pénal ; pour les fonctionnaires administratifs, la sanction n'est le plus souvent que hiérarchique, et ce n'est que très exceptionnellement qu'elle revêt un caractère juridique.

M. Jèze dans une très intéressante note (1) distingue à ce sujet entre les personnes revêtues d'une fonction publique proprement dite et celles qui ont simplement à jouer un rôle public. Pour les premiè-

1. *Revue du droit public*, 1905, p. 764.

res, le devoir d'accomplir les actes de leur compétence est absolu ; pour les secondes, c'est-à-dire les membres des assemblées délibérantes, et notamment les conseillers généraux et municipaux, ce devoir prend un caractère particulier. La loi leur impose l'obligation d'assister aux séances avec une régularité relative, mais elle les laisse libres de participer ou non aux débats, de voter ou de s'abstenir.

Nous ne nous appesantirons pas sur cette distinction, exacte en soi, mais qui s'applique aux membres des corps municipaux ou départementaux plutôt qu'à ces corps eux-mêmes. Ces derniers doivent évidemment accomplir leurs fonctions dans des conditions assez semblables à celles des individus chargés d'une fonction publique proprement dite. Cette obligation est, du reste, sanctionnée par la loi, soit par la faculté qu'a l'administration d'inscrire d'office aux budgets les dépenses que les assemblées dont il s'agit ont refusé de voter, soit, dans certains cas plus graves, par le droit de suspension ou de dissolution.

Mais, si le fonctionnaire a le devoir d'accomplir les actes de sa fonction, il jouit d'une certaine liberté quant aux moyens à employer : le préfet par exemple doit maintenir l'ordre et veiller à la police du département ; mais ceci posé, il reste, sous le contrôle hiérarchique de ses supérieurs, libre de réaliser son but par tels procédés qui lui paraissent les meilleurs.

Dès lors, on comprend très bien qu'administrer puisse consister tantôt à agir, tantôt à s'abstenir, mais à la condition que l'abstention aussi bien que l'action soient réfléchies, raisonnées et s'inspirent l'une et l'autre de la logique et de la justice, du respect des droits des individus et d'une préoccupation d'intérêt général.

L'abstention, dès lors, peut revêtir un double caractère : parfois, sans doute, elle proviendra de la négligence ou du mauvais vouloir ; mais parfois aussi elle sera un procédé d'administration. On adresse à une autorité administrative une demande quelconque : elle l'examine soigneusement, constate qu'elle n'est pas justifiée, qu'il n'y a pas lieu d'accorder à l'individu ce qu'il demande, et elle s'abstient. Son silence sera peut-être une violation de cette courtoisie, qui est l'obligation très accessoire de l'administration, mais il ne constitue pas un manquement aux devoirs de la fonction. Du reste, il y a des demandes saugrenues qui ne valent même pas la peine d'une réponse, et il y aurait peut-être abus à exiger que les fonctionnaires répondissent à toutes celles qu'on leur adresse.

Donc, l'abstention ne suffit pas à constituer le *déni d'administration* ; il est encore nécessaire qu'elle soit la conséquence d'une faute.

Ces considérations générales doivent logiquement s'appliquer à la matière qui nous occupe. Lorsque,

dans un litige susceptible de donner lieu à une instance contentieuse, une réclamation a été adressée à une autorité administrative qui garde à ce sujet le silence, ce silence peut s'expliquer de deux manières : ou bien l'administration, après avoir examiné l'affaire comme il convient, a dans la plénitude de sa compétence décidé de ne pas donner satisfaction au réclamant ; ou bien son abstention est due, soit à la négligence ou à l'apathie, soit au mauvais vouloir et à la préoccupation de fermer au demandeur l'accès du tribunal administratif. Dans le premier cas, il y a un acte négatif d'administration ; dans le second un déni d'administration qui aboutira à un déni de justice, c'est-à-dire *une faute*.

Or, c'est un principe général de droit, que la faute ne se présume pas, et il n'y a aucune raison de refuser à l'administration le bénéfice de cette règle.

Dès lors, et d'une façon générale, lorsqu'une autorité administrative ne rend pas la décision préalable qui doit servir de base à la formation du contentieux administratif, on ne doit pas *a priori* conclure à une faute de sa part, mais supposer un rejet implicite de la demande.

Pour résoudre le problème posé dans ce chapitre, pour faire disparaître les abus de pratique qu'entraîne la théorie de la « décision préalable », supprimer l'arbitraire administratif et donner aux parties des garanties équivalentes à celles que leur fournit la

procédure de droit commun, il suffirait de transformer, au bout d'un certain délai, cette présomption de fait en présomption légale et de dire : que dans toutes les affaires contentieuses qui ne peuvent être introduites devant le Conseil d'État que sous la forme de recours contre une décision administrative, lorsqu'un certain temps se sera écoulé, sans qu'aucune décision soit intervenue, il y aura présomption que la demande est rejetée et les intéressés pourront se pourvoir.

Cette solution a l'avantage de ne pas blesser la dignité de l'administration par la supposition injurieuse et gratuite d'une apathie et d'un mauvais vouloir qui dans certains cas pourront peut-être exister, mais dont il serait injuste de présumer *a priori* l'existence.

Dans la conception qui précède, au vieux dicton « Qui ne dit mot consent », nous avons substitué cette autre formule : « Qui ne dit mot refuse ». Celle-ci est, en effet, beaucoup plus conforme à la pratique et à la réalité des choses. Le silence se concilie, en effet, plus facilement, au moins en matière administrative, avec l'idée du rejet de la demande qu'avec celle d'une acceptation.

Notre droit positif nous fournit un certain nombre d'exemples de cette interprétation de l'abstention.

Dans la plupart des cas, il admet, d'accord en cela avec les considérations qui précèdent, que la prolon-

gation du silence équivant à rejet. En voici quelques exemples :

L'article 38 de la loi du 5 avril 1884, qui s'occupe des contestations survenues à propos de la validité des élections municipales, s'exprime ainsi : « Faute par « le conseil de préfecture d'avoir statué dans les dé-
« lais ci-dessus fixés (un mois ou deux mois), la ré-
« clamation est considérée comme rejetée. »

L'article 1^{er} de la loi du 8 janvier 1905 prévoit l'hypothèse d'un contribuable, se proposant d'exercer à ses frais et risques une action appartenant à la commune. Il doit pour cela demander l'autorisation au conseil de préfecture. Si celui-ci omet de statuer dans les deux mois, la demande est considérée comme rejetée, et l'intéressé a le droit de se pourvoir devant le Conseil d'État (1).

L'article 15 du décret du 12 avril 1880, réglant les conditions des élections dans les Églises réformées, déclare que, dans le cas où les opérations électorales contestées auront été soumises au ministre, la demande sera considérée comme rejetée, s'il n'a pas été statué dans les quatre mois...

Parfois, il est vrai, certains textes interprètent le silence comme acceptation de la demande.

On sait que certains établissements publics, notamment les hospices et les bureaux de bienfaisance, ne

1. Cf. arrêt du Conseil d'État, 10 octobre 1905. *Lachaud et autres*.

peuvent intenter une action judiciaire autre qu'une action possessoire, que sur l'avis conforme du conseil municipal, et, en cas d'opposition de celui-ci, en vertu d'une autorisation du conseil de préfecture. L'article 3 de la loi du 8 janvier 1905 déclare que, si le conseil n'a pas statué dans les deux mois, l'établissement public est de plein droit autorisé à plaider.

Aux termes de la loi du 8 avril 1898, les propriétaires riverains qui veulent construire le long d'un cours d'eau navigable ou flottable, ont la faculté de demander à l'administration de fixer les limites de la servitude de halage. Si, dans les trois mois, dit l'article 48, l'administration n'a pas fixé cette limite, ils peuvent élever leurs constructions ou plantations. Sans doute, si, par ce fait, le libre exercice de la servitude se trouvait compromis, on aurait le droit d'exiger la suppression de leurs travaux, mais on leur devrait en ce cas une indemnité. Le silence de l'administration a donc créé ici en faveur du propriétaire un véritable droit.

Déjà, le décret du 26 mars 1852 relatif à la voirie parisienne avait établi une disposition analogue. Tout propriétaire doit, avant de faire construire, demander l'alignement, et présenter le plan des constructions qu'il se propose de faire, en vue de provoquer, de la part de l'administration, des injonctions auxquelles il devra se soumettre dans l'intérêt de la sécurité et de la salubrité publiques ; mais, dit le second paragraphe

de l'article 4, si : « vingt jours après le dépôt de ses « plans et coupes, il ne lui a été notifié aucune injonction, il pourra commencer ses travaux d'après son « plan ».

Le paragraphe 2 de l'article 2 de la loi du 15 février 1902, relatif à la protection de la santé publique, s'exprime à peu près dans le même sens : « A défaut par le maire de statuer dans le délai de vingt jours, à partir du dépôt à la mairie de la demande de construire, dont il sera délivré récépissé, le propriétaire pourra se considérer comme autorisé à commencer les travaux. »

La solution adoptée dans ces divers cas s'explique, du reste, aussi bien en fait qu'en théorie.

En fait, on remarque qu'à l'occasion des diverses situations que nous venons d'examiner, l'intérêt public n'est que très faiblement en jeu et qu'il existe au contraire des raisons particulières de garantir les intérêts privés.

Mais il est plus exact encore d'observer qu'il s'agit ici de droits préexistants, soumis au contrôle de l'administration, et à l'exercice desquels celle-ci a simplement le droit de s'opposer. L'abstention ici vaut logiquement autorisation.

C'est, du reste, par une considération analogue, qu'aux termes des articles 48 et 49 de la loi du 10 août 1871, le préfet qui, dans le délai imparti par ces articles, n'a pas mis obstacle à l'exécution d'une dé-

cision du Conseil général est présumé avoir renoncé à exercer son droit.

Mais, en dehors des hypothèses où un texte formel donne à l'abstention administrative le caractère d'une approbation ou d'un acquiescement, cette abstention doit être interprétée comme un refus. Tous les auteurs semblent, du reste, être d'accord sur ce point (1).

Dans le cas particulier qui nous occupe, la solution ne saurait être douteuse. On ne saurait, en effet, concevoir pratiquement que l'administration qui s'abstient de répondre à une réclamation ayant un caractère contentieux, puisse par son silence être réputée l'avoir accueillie.

Après avoir ainsi examiné brièvement les diverses solutions qu'est susceptible de recevoir le problème de l'adaptation du système de la « décision préalable » aux nécessités de la logique et de la justice, nous allons examiner quelle est celle d'entre elles, qui a été adoptée par la jurisprudence et le droit positif.

1. Jèze. *Revue du droit public*, 1905 ; Labayle. *La décision préalable*, p. 277.

CHAPITRE VI

Atténuation des inconvénients du déni d'administration. — L'article 7 du décret du 2 novembre 1864 et l'œuvre de la jurisprudence.

Les abus auxquels donnaient lieu le système de la « décision préalable » et le refus de statuer des autorités administratives ont été corrigés d'abord, et pendant une première période, par le décret du 2 novembre 1864 et les efforts de la jurisprudence ; ensuite, et d'une façon plus générale par la loi du 17 juillet 1900.

L'article 7 du décret s'exprime ainsi : « Lorsque les
« ministres statuent sur des recours contre les déci-
« sions d'autorités qui leur sont subordonnées, leur
« décision doit intervenir dans le délai de quatre mois
« à dater de la réception de la réclamation. Après
« l'expiration de ce délai, s'il n'est intervenu aucune
« décision, les parties peuvent considérer la réclama-
« tion comme rejetée et se pourvoir devant le Conseil
« d'État. »

Il est à remarquer que le texte emploie le mot *statuer*, qui convient aussi bien à une décision adminis-

trative qu'à une décision judiciaire. M. Aucoc nous dit que c'est à dessein : « Le Conseil d'État, explique-t-il, a eu le soin de ne pas qualifier de jugement « les actes auxquels il faisait allusion, précisément « parce qu'il ne voulait pas consacrer la théorie qui « attribue aux ministres le pouvoir de juger dans tous « les cas où leurs décisions sont susceptibles de recourir devant le Conseil d'État. »

En effet, déjà à ce moment-là on commençait à attaquer la théorie du ministre-juge ; cependant elle devait se maintenir encore pendant de longues années, et ce n'est que beaucoup plus tard que le Conseil d'État a rompu avec elle.

Quoi qu'il en soit, s'il reste encore juge, le ministre perd un peu du caractère exceptionnel et anormal, qu'il avait jusque-là. Sans doute, il juge encore dans sa propre cause, et il reste maître de ne pas juger, sans tomber sous le coup des dispositions de la loi ; mais son abstention recevra une signification, ne mettra plus obstacle à l'action des individus, et autorisera ces derniers à s'adresser au tribunal supérieur. C'est, en somme, le premier coup porté au caractère arbitraire du contentieux administratif et, à ce titre, il est permis de dire que le décret marque une date importante dans l'évolution de ce contentieux.

Cependant le texte est sur bien des points incomplet et obscur.

Il permet encore le déni de justice, dans les hypo-

thèses où le ministre est directement saisi, car il ne vise que celles où celui-ci a omis de statuer sur un recours contre la décision d'une autorité subordonnée. Était-ce là une lacune ? Il est permis de le croire, car le décret, rendu sous la pression de l'opinion, avait évidemment pour but d'empêcher les dénis de justice et, grâce à sa rédaction, il ne les empêchait qu'à moitié. Si on interprète comme un rejet le silence gardé à propos d'un recours contre la décision d'une autorité inférieure, pourquoi ne pas donner la même signification au silence qui suit un recours direct ?

M. Laferrière estimait qu'il y avait une différence entre ces deux hypothèses. Dans l'une, en effet, on trouve une décision préalable, émanant d'une autorité subordonnée, et qui pourra servir de base à l'instance ; dans l'autre, il n'existe pas d'acte administratif.

Le Conseil d'État ne put que se conformer à la lettre du texte (1).

A un autre point de vue, on pouvait se demander si, dans le cas où une autorité subordonnée avait gardé le silence, et où la partie réclamante s'était ensuite adressée au ministre, la fiction de l'article 7 s'appliquerait.

Cette hypothèse ressemblait un peu à la précédente, car, dans celle-ci comme dans celle-là, on ne rencon-

1. 19 juillet 1872, Drouard et autres, page 438 ; 21 mars 1879, Guimard, page 240 ; 27 mai 1881, page 564 (*Recueil des Arrêts du Conseil d'État*, Panhard).

trait pas de décision préalable susceptible de former la base du contentieux administratif ; il n'y avait pas *d'acte* contre lequel on pût se pourvoir. Une extension des termes de l'article 7 semblait à d'autres égards difficile. Ce dernier texte indique après quel délai le silence du ministre sera considéré comme un rejet, mais il ne dit pas au bout de combien de temps on pourra interpréter de la même manière le silence de l'autorité subordonnée. M. Laferrière faisait en outre observer que ce serait donner au texte une portée excessive, puisque « on pourrait, « au moyen d'une simple évolution de procédure, « former un recours contentieux contre le silence « de toute autorité subordonnée : il suffirait pour « cela de remonter l'échelle des recours hiérarchi- « ques jusqu'au ministre dont la décision ou le si- « lence fournirait la matière du débat contentieux, « non seulement contre le ministre lui-même, mais « encore contre toutes les autorités dont on lui aurait « signalé l'inaction (1). »

Cependant le Conseil d'État, par un heureux illogisme, adopta la solution la plus libérale. Il admit que l'expression de décision employée par le texte devait ne pas être prise dans son sens strict et traditionnel, et s'appliquer, non seulement aux décisions

1. Laferrière. *Traité de la juridiction administrative*, t. 2, p. 432.

positives, mais aux décisions implicites résultant du silence prolongé de l'autorité (1).

L'auteur que nous venons de citer considère, il est vrai, que les divers arrêts rendus sur ce point étaient surtout des arrêts d'espèce, dictés, moins par les considérations doctrinales que par les circonstances et notamment la préoccupation d'empêcher qu'une administration, qui avait pu arriver à secouer en fait l'autorité ministérielle, ne parvînt, par un silence systématique, à échapper également au contrôle juridictionnel du Conseil d'État (2).

Ce dernier, du reste, étendit encore son action réformatrice. Après avoir abandonné la théorie du ministre-juge, de telle sorte que les recours portés devant celui-ci étaient, non plus des recours juridictionnels, mais de simples recours hiérarchiques, il supprima, à partir de 1881 (3), la nécessité de ces derniers, et permit aux parties lésées par un acte d'une autorité subordonnée de s'adresser directement à lui *omisso medio*. Du moment, en effet, où la décision ministérielle n'avait plus le caractère d'un jugement, elle devait apparaître moins nécessaire, et, s'il existait déjà une décision administrative suffisante pour lier

1. 21 mai 1867, Abeille, p. 510 ; 11 janvier 1866, Chabanne, p. 22 ; 6 mars 1869, Hervé, p. 216.

2. Laferrière, *op. cit.*, t. 2, p. 432.

3. 24 juin 1881, Bougard, p. 650.

l'instance, rien ne s'opposait à ce que celle-ci fût directement introduite.

Mais, malgré ces efforts et ces résultats, les droits des particuliers n'étaient pas sauvegardés d'une façon complète contre l'arbitraire administratif et, dans tous les cas où le ministre était saisi directement, il demeurait libre de laisser sans réponse les demandes qui lui étaient adressées. Ici encore, le Conseil s'efforça d'atténuer, dans la mesure du possible, les inconvénients d'une telle situation, en admettant que la décision préalable fût suppléée par les conclusions prises par le ministre en cours d'instance (1).

Voici l'hypothèse : une demande est présentée au ministre, qui ne répond pas ; malgré ce silence, la partie réclamante se pourvoit devant le Conseil d'État ; le pourvoi est communiqué au département intéressé qui oppose des conclusions visant le fond et ne soulevant pas l'exception du « *préalable* ». Ces conclusions seront considérées comme valant décision, et l'affaire suivra son cours.

Cette solution était du reste parfaitement logique ; car des conclusions régulièrement prises produisent, en somme, les mêmes effets de droit et de pratique, que la décision préalable : elles constituent un acte

1. 21 mars 1879, Mercier contre ministre de la Guerre, p. 238 ; 27 déc. 1891, Morton, 709 ; 23 déc. 1899, Sâtre fils aîné et Cie, 773 ; 20 mai 1904, Heinrich, 432 ; 1^{er} juin 1906, Delahaye, 521.

administratif, lient l'instance et manifestent le refus de réparation.

D'autre part, il n'y avait pas de raison pour considérer la règle de la décision préalable comme étant d'ordre public absolu. Créée pour sauvegarder l'indépendance de l'administration, rien n'empêche celle-ci d'y renoncer.

Le système ainsi établi par le Conseil d'État était susceptible d'heureuses conséquences pratiques. Il est, en effet, permis de croire que, dans la plupart des cas, le silence gardé par le ministre ne provient pas de sa mauvaise volonté personnelle, mais de la négligence et de l'apathie des bureaux. Or, cette négligence et cette apathie vont être secouées par la nécessité de préparer des conclusions et de les soumettre à la signature ministérielle ; il faudra à cette occasion instruire l'affaire. Si l'on reconnaît que le demandeur a raison, peut-être lui fournira-t-on spontanément satisfaction ; si même l'on entend repousser sa demande, on éprouvera souvent des scrupules à invoquer une exception qui, en fait, constitue un véritable déni de justice, et l'on préférera conclure directement au rejet. C'est, du reste, ce qui est fréquemment arrivé.

Il existait un moyen de nature à permettre d'échapper partiellement à l'application de la règle du préalable : il consistait, alors qu'une décision avait déjà été rendue sur un point, à adjoindre à la

demande primitive des conclusions additionnelles qui se fussent ainsi trouvées soumises à l'examen juridictionnel, sans qu'il eût été auparavant administrativement statué à leur sujet.

Une application rigoureuse des principes eût dû faire absolument écarter l'emploi d'un tel procédé. Cependant, si la jurisprudence continue de s'opposer à ce que la demande primitive soit essentiellement transformée, elle admet les modifications et les majorations « qui se bornent à préciser les éléments du « préjudice et à en développer les conséquences » (1).

Tandis que se produisait cette évolution jurisprudentielle, le législateur de son côté n'était pas resté inactif, et un certain nombre de textes, que nous avons déjà cités dans un précédent chapitre, impartissent à l'administration, dans des hypothèses spéciales, des délais dans lesquels elle sera tenue de répondre.

Le domaine de l'arbitraire administratif se trouvait ainsi restreint ; mais les dénis d'administration, ainsi que les dénis de justice qui en étaient les conséquences, demeuraient possibles dans des cas d'autant plus nombreux, que l'annexion par le Conseil d'État du contentieux départemental et communal avait eu comme résultat d'étendre à toutes les autorités administratives l'application de la théorie de la « décision préalable ».

1. 28 juillet 1905, *Leblanc*, 692. Dans le même sens, 7 mars 1902, *Crespel*, 177.

Tout le monde était d'accord pour souhaiter une réforme générale appliquant à toutes les hypothèses les mêmes garanties, et cette réforme ne pouvait évidemment être réalisée que par la loi.

Dès 1894, une commission de la Chambre des députés, dont le rapporteur était M. Krantz, avait élaboré un projet (1), qui n'aboutit pas, et dont l'article 12 s'exprimait ainsi : « Dans les affaires contentieuses « qui ne peuvent être introduites devant le Conseil « d'État, que sous la forme d'un recours contre une « décision ministérielle, lorsqu'un délai de plus de « quatre mois s'est écoulé sans qu'il soit intervenu « aucune décision, les parties intéressées peuvent « considérer la demande comme rejetée, et se pour- « voir devant le Conseil d'État. »

Cette rédaction présentait l'inconvénient de ne s'appliquer qu'aux décisions ministérielles, et de laisser en dehors celles pouvant émaner des diverses autorités administratives. Une réforme ainsi limitée eût évidemment été incomplète et boiteuse.

Le 31 mai 1900 M. Monis, Garde des Sceaux, présentait un projet de loi qui avait pour but de faire disparaître l'encombrement des affaires devant le Conseil d'État, et de diminuer les lenteurs dont se plaignaient les justiciables.

1. *Journal officiel*. Documents parlementaires, p. 1432. *Rapport de M. Krantz*.

Mais, ainsi que le faisait observer le rapporteur M. Chastenet : « La Justice du Conseil d'État peut « être mise en échec par d'autres causes que celles « résultant de l'encombrement du rôle, telles que le « silence, l'inertie et le mauvais vouloir de certaines « autorités administratives. Il convient d'y apporter « des remèdes qui ne tiennent plus à l'organisation « de cette haute juridiction, mais aux règles mêmes « de la procédure (1). »

La Commission ajouta, en effet, au texte qui lui avait été soumis un article 3, qui règle le problème du déni d'administration et a pour but, ainsi que le dit le rapport, « de combler la lacune qu'avait laissée « subsister le décret de 1864 »..

Le projet ainsi amendé fut déclaré d'urgence et adopté sans discussion par la Chambre, le 19 juin 1900. Présenté au Sénat le 21 juin, il fut l'objet d'un rapport de M. Chauvet, déclaré d'urgence et adopté sans discussion le 9 juillet suivant et promulgué le 17.

1. *Journal Officiel*. Documents parlementaires, 1900, n° 1529.

CHAPITRE VII

L'article 3 de la loi du 17 juillet 1900. — Sa signification juridique. — Crée-t-il une fiction ou une présomption ? — Infirme-t-il la théorie du préalable ?

L'article 3 de la loi du 17 juillet 1900 s'exprime ainsi : « Dans les affaires contentieuses qui ne peuvent être introduites devant le Conseil d'État, que sous la forme d'un recours contre une décision administrative, lorsqu'un délai de plus de quatre mois s'est écoulé, sans qu'il soit intervenu aucune décision, les parties intéressées peuvent considérer leur demande comme rejetée, et se pourvoir devant le Conseil d'État. Si des pièces sont produites après le dépôt de la demande, le délai ne court qu'à dater de la réception de ces pièces.

« La date du dépôt de la réclamation et des pièces, s'il y a lieu, est constatée par un récépissé délivré conformément aux dispositions de l'article 5 du décret du 2 novembre 1864. A défaut de décision, ce récépissé doit, sous peine de déchéance, être pro-

« duit par les parties à l'appui de leur recours au
« Conseil d'État.

« Si l'autorité administrative est un corps délibé-
« rant, les délais ci-dessus seront prorogés s'il y a lieu,
« jusqu'à l'expiration de la première session légale
« qui suivra le dépôt de la demande ou des pièces. »

M. Chastenet, dans son rapport, nous indique que ce texte a été élaboré par les commissions parlementaires avec la collaboration du Conseil d'État. Il se rattache, nous dit-il, au décret de 1864, dont il se propose simplement d'étendre le champ d'application, et il a pour but de « rendre impossibles les
« dénis de justice et de faire que personne ne puisse
« en vain invoquer la loi et demander des juges,
« *Forum et jus* ».

Dans ces conditions, il serait permis de croire qu'il solutionne d'une façon complète le problème de la décision préalable et du déni d'administration ; et, à la vérité, la réforme qu'il a réalisée est considérable, et, ainsi que nous l'avons fait observer, marque une importante étape de l'évolution du contentieux administratif. Cependant, il faut reconnaître qu'il contient quelques obscurités et laisse subsister quelques difficultés.

En premier lieu, on peut se demander quel est le caractère juridique de l'innovation qu'il a créée, de concert avec le décret de 1864 qu'il complète.

La plupart des auteurs sont d'accord pour admet-

tre qu'il établit une *fiction* (1) ; nous ne pensons pas que l'expression soit tout à fait exacte, et il eût peut-être mieux valu employer celle de *présomption*. Les deux termes ne sont pas tout à fait analogues.

La fiction juridique est un procédé dont se servent parfois les juristes pour caractériser certaines situations et grouper théoriquement un ensemble de mesures ou de règles. Il consiste à supposer l'existence d'un fait, qui cependant est contraire à la réalité des choses.

L'exterritorialité est une fiction, en vertu de laquelle on suppose que l'enceinte d'une ambassade est une portion détachée du territoire de l'État qu'elle représente. C'est là évidemment un fait faux, mais cette supposition permet de déterminer et de grouper d'une façon commode et, du reste plus ou moins exacte, certains des privilèges dont jouit le Corps diplomatique.

La personnalité juridique des sociétés civiles ou commerciales s'appuie également sur une fiction, qui consiste à assimiler ces sociétés à des êtres distincts ayant une volonté, des intérêts et un patrimoine différents de ceux des membres qui les composent. Évidemment chacun sait bien qu'il n'en est rien. Lorsque Pierre et Paul s'associent, il ne naît pas réellement de ce contrat un troisième individu ; la société

1. Labayle, *op. cit.*, p. 16.

qu'ils créent ne fonctionnera que dans leur intérêt à eux, et, en fait, l'actif social ne cesse pas un seul instant de leur appartenir. Mais cette fiction a permis d'établir un ensemble de règles commodés qui assurent dans les conditions les plus pratiques et les plus fécondes le fonctionnement des sociétés.

La *présomption* est l'opération par laquelle on fait sortir d'un fait connu la preuve d'un fait inconnu. Le législateur s'en sert dans certaines circonstances, où il n'est pas possible de connaître la vérité sur un point. Il tient alors pour démontrés certains faits infiniment probables, et dont l'existence intéresse assez généralement l'ordre public.

La règle *Pater is est quem nuptiæ demonstrant* fournit un exemple classique de présomption légale. Dans la généralité des cas, il est impossible de fournir la preuve directe de la paternité même légitime, aussi le législateur la fait-il découler du fait du mariage. Cette présomption sera, du reste, dans la très grande majorité des cas, conforme à la réalité ; elle est en outre en harmonie avec la morale publique et l'intérêt social.

C'est encore sur une présomption que repose l'autorité de la chose jugée. *Quod semel judicatum pro veritate habetur*. Sans doute, le juge peut se tromper, et il arrivera parfois que ce qu'il aura admis comme vrai sera en réalité inexact ; mais il est permis d'affirmer que ce sera là un cas exceptionnel et que sa

décision sera le plus souvent éclairée et juste. D'autre part, le respect dû à la justice, aussi bien que l'intérêt général, s'opposent à ce que l'on puisse remettre indéfiniment en discussion les questions qui ont fait l'objet d'un jugement.

L'emploi des présomptions forme la base de la théorie des preuves ; il occupe une part importante dans toutes les législations, et il se justifie pleinement, à la condition toutefois que les présomptions établies correspondent au *Quod plerumque fit* et à l'intérêt général.

L'usage de la fiction est plus délicat, et il est rare qu'il n'entraîne pas quelques inconvénients ; il consiste en effet à assimiler des situations qui ne sont pas de tous points assimilables. Si nous nous reportons, par exemple, aux hypothèses examinées plus haut, nous constaterons qu'il n'est pas exact de dire que le terrain sur lequel une ambassade est bâtie, puisse être absolument considéré comme sis en dehors du territoire national ; et cela va aboutir à des difficultés de pratique et de doctrine, car on sera tenté d'étendre le domaine de la fiction à des espèces qui logiquement n'y sauraient rentrer.

Ceci posé, revenons à notre question ; le décret de 1864 et la loi de 1900 ont-ils admis une fiction ou établi une présomption ? Les deux textes, qui emploient des expressions à peu près identiques s'expriment ainsi : ... *Lorsqu'un délai de quatre mois s'est*

écoulé sans qu'il soit intervenu aucune décision, les parties intéressées peuvent considérer leur demande comme rejetée... Ces termes peuvent s'entendre, sans doute, aussi bien de la fiction que de la présomption. Mais, si nous examinons la situation en elle-même, nous serons amenés facilement à choisir entre les deux solutions.

La fiction, avons-nous dit, est, par définition même, contraire à la réalité des choses. Pour qu'on pût admettre ici son existence, il faudrait donc qu'il fût établi que toujours, ou au moins dans la plupart des cas, le silence de l'administration correspond à autre chose qu'à un rejet effectif de la réclamation ou de la demande : or, cela n'est pas.

Sans doute, il pourra arriver que parfois l'abstention de l'autorité provienne d'apathie, de négligence et de ce qu'elle n'aura pas examiné l'affaire ; mais ce sera exceptionnel. Le plus souvent, si elle ne répond pas, c'est en parfaite connaissance de cause, et parce qu'elle est décidée à ne pas donner satisfaction aux intéressés.

Peut-être à la vérité, et avant la réforme de 1864 et de 1900, son silence se doublait-il quelquefois de mauvaise volonté, et avait-il pour but d'empêcher la formation du contentieux administratif et de fermer le prétoire aux parties ; mais, cette attitude ne faisait qu'accentuer l'existence d'un refus, qu'elle s'appliquait au contraire à rendre définitif et sans recours.

Ce refus, à la vérité, est implicite, mais il est im-

possible de dire qu'il soit fictif ; s'il n'est pas absolument certain, il est au moins infiniment probable et correspond au *Quod plerumque fit*. Il est donc logique que le législateur établisse à son endroit une présomption légale, d'autant plus que cette présomption est conforme à l'ordre public.

De même, en effet, que celui-ci exige que l'on présume l'infailibilité du juge, de même il est intéressé à ce que l'on ne croie pas trop facilement à la négligence de l'administration, alors surtout que la présomption ainsi établie aura en même temps pour effet de protéger les particuliers contre l'éventuelle possibilité de cette négligence.

Des considérations qui précèdent, nous concluons donc que les textes précités établissent, non pas une *fiction*, mais une *présomption* de rejet.

Remarquons qu'il ne s'agit pas là seulement d'une querelle de mots ; la distinction que nous venons d'établir, en effet, est susceptible de conséquences pratiques, que nous dégagerons plus loin ; elle nous permettra de solutionner quelques controverses, et, en premier lieu, elle nous fournira un élément de décision relativement au point de savoir si la réforme de 1900 infirme ou confirme la théorie de la décision préalable.

M. Artur (1) considère que le législateur de 1900

1. Artur. *Séparation des Pouvoirs et Séparation des fonctions de juger et d'administrer*.

a porté au système du préalable un coup dont il ne se relèvera pas : si, en effet, on peut au bout de quatre mois se pourvoir devant le Conseil d'État notwithstanding l'absence de toute décision, c'est que cette dernière est inutile et l'on finira par la supprimer.

M. Hauriou va beaucoup moins loin ; il reconnaît à la vérité que le texte ne porte pas directement atteinte au système ancien ; mais il estime en revanche qu'il conduira à l'unification du contentieux administratif et du contentieux judiciaire (1).

Cependant il nous paraît difficile de nier que la théorie de la décision préalable, qui n'avait jusqu'alors qu'une existence doctrinale et jurisprudentielle, n'ait reçu de la loi de 1900 une investiture légale. Corriger les abus qui peuvent résulter de l'application d'une règle, c'est à la fois reconnaître implicitement l'existence de celle-ci, et assurer son avenir, puisqu'on la rend viable.

Du reste, le texte lui-même peut s'analyser ainsi : aucun recours devant le Conseil d'État ne pourra être introduit si la demande n'a fait l'objet d'une décision préalable ; mais cette décision pourra être explicite ou implicite, la décision implicite de rejet devant résulter du silence gardé pendant quatre mois.

1. Hauriou. *Eléments du contentieux*, p. 96 : *Revue de législation de Toulouse*, 1905-1906.

Au surplus, le second paragraphe de l'article 3 oblige les parties à fournir, soit une preuve de la décision, soit un récépissé qui fera la démonstration du silence. Comment ne pas voir là une confirmation claire et nette ?

La portée du texte est d'autant plus certaine qu'il ne s'agit pas ici d'une de ces improvisations législatives, qui demeurent souvent vagues et imprécises ; nous savons que l'article 3 a été rédigé avec la collaboration du Conseil d'État, ce qui revient à dire que c'est lui qui en a établi la formule.

Or, il l'interprète bien dans le sens que nous venons d'indiquer. Avant la loi de 1900, il prenait même avec la théorie de la « décision préalable » quelques libertés qui s'expliquaient puisque cette théorie était, en somme, son œuvre ; il l'applique au contraire dans toute sa rigueur, depuis qu'elle a reçu une consécration légale.

Il nous paraît donc que le régime nouveau s'est appliqué à concilier les avantages du système ancien avec la préoccupation d'assurer aux intéressés une pleine et libre justice, ce que M. Chastenet appelait *Forum et Jus*.

CHAPITRE VIII

Portée de l'article 3 quant aux autorités qu'il vise et aux tribunaux devant lesquels il s'applique. — Étude des difficultés que la question soulève.

Le domaine d'application de la loi de 1900 peut être considéré soit en ce qui concerne les autorités administratives devant lesquelles la demande a été portée ou les tribunaux qui auront à en connaître, soit en ce qui concerne le caractère même de cette demande.

Sur le premier point, il ne saurait guère y avoir de difficultés ; elle s'applique à toutes les autorités administratives inférieures ou supérieures.

Spécialement, en ce qui concerne le ministre, le rapport de M. Chastenet fait remarquer que le décret de 1864 se trouve complété, en ce sens que l'on peut se pourvoir contre son silence, non seulement quand il a été saisi à titre de supérieur hiérarchique, mais encore lorsque la demande lui a été adressée directement et en sa qualité de représentant de l'État ou de la puissance publique. Le rapport indique même

comme exemple le cas d'une réclamation aux fins de liquidation d'une pension de retraite ou d'une créance sur l'État.

Il n'est pas douteux que le silence du Préfet prolongé pendant quatre mois doive être interprété comme une décision de rejet et donner ouverture, s'il y échet, à un recours devant le Conseil d'État.

Cependant, il se présente ici une difficulté. Que faudra-t-il décider, lorsqu'un texte spécial imposera d'autre part au Préfet l'obligation de statuer dans un délai plus court que celui fixé par la loi de 1900 ?

Ceci se présente notamment à propos des demandes en nullité ou en annulation formées contre les délibérations d'un conseil municipal. Les articles 65 et 66 de la loi de 1884 s'expriment ainsi :

Art. 65. — « La nullité de droit est déclarée par le Préfet en conseil de préfecture. Elle peut être prononcée par le Préfet et proposée ou opposée par les parties intéressées à toute époque. »

Art. 66. — « L'annulation est prononcée par le Préfet en conseil de préfecture... Le préfet statuera dans le délai d'un mois. »

Il faut remarquer que l'article 65 n'impartit pas de délai, mais une circulaire ministérielle, du 15 mai 1884, invite l'administration préfectorale à appliquer celui de l'article suivant, et autant que possible à statuer dans le délai d'un mois.

Il va de soi, qu'avant la loi de 1900, les parties n'a-

vaient pas le droit d'interpréter le silence du préfet, de considérer au bout d'un mois leur demande comme rejetée et de se pourvoir directement devant le Conseil d'État (1).

Comment appliquer dans ce cas la loi de 1900 ? Le législateur a voulu ici, et pour des raisons d'ordre public faciles à comprendre, que la réclamation fût examinée et jugée à bref délai. Si le préfet doit statuer dans le mois, pourquoi contraindre les intéressés à attendre quatre mois avant de se pourvoir ? Plusieurs solutions se présentaient à l'esprit :

En premier lieu, on pouvait dire que la loi de 1900 et celle de 1884 étaient sur ce point inconciliables, et, comme on ne doit pas facilement supposer qu'une loi générale abroge une loi spéciale, le régime nouveau ne se serait pas appliqué à l'hypothèse que nous venons d'indiquer. Mais c'eût été là aller à l'encontre de la volonté certaine du législateur, qui avait voulu que, dans aucun cas, les intéressés ne pussent voir leur droit à recours paralysé par l'abstention de l'administration.

La logique et l'esprit de la loi de 1900 devaient conduire au raisonnement suivant : le délai de quatre mois n'a été fixé que pour des raisons de fait, parce qu'il correspond à peu près au temps nécessaire pour

1. 1^{er} mai 1891, Bernard, p. 322 ; 17 décembre 1897 ; 1^{er} juin 1900, Fleury et Legeas, p. 379.

examiner et solutionner une affaire, et passé lequel le silence de l'administration permet de conclure à un rejet implicite. Mais, si une disposition légale intervenue dans un cas particulier contraint l'administration à fournir sa réponse avant une date déterminée, son silence à ce moment voudra évidemment dire qu'elle se refuse à accueillir la réclamation dont il s'agit. D'autre part, il ne faut pas oublier que, dans son ensemble, la loi de 1900 avait pour but de diminuer les lenteurs des procédures administratives ; il serait donc illogique de se baser sur une de ses dispositions, pour diminuer à ce point de vue les avantages dont bénéficiaient déjà les intéressés.

Ces deux considérations nous conduiraient donc à admettre qu'il résulte, de la combinaison des lois de 1884 et de 1900, que les intéressés qui ont demandé la nullité ou l'annulation d'une délibération du conseil municipal pourront au bout d'un mois, s'ils n'ont pas reçu de réponse, considérer leur demande comme repoussée.

Ce n'est pas cependant cette solution que le Conseil d'État a adoptée, et il a admis que l'abstention du préfet donne bien ouverture à un recours juridictionnel, mais seulement au bout de quatre mois (1).

On s'est pendant un temps demandé si, dans l'hypothèse d'un litige intéressant le département, la

1. 10 novembre 1905, Carrère et autres, p. 810.

décision préalable explicite ou implicite devait émaner du Préfet ou du Conseil général.

M. Teissier admet la compétence du premier (1), et il a du reste soutenu cette opinion devant le Conseil d'État, en qualité de commissaire du gouvernement. Il se base sur le décret du 12 juillet 1893, qui pose les règles de la comptabilité départementale, et, dans son article 103, déclare « qu'aucune dépense « ne peut être liquidée à la charge du département « que par le Préfet. Or, liquider, dit le savant auteur, « c'est constater les droits du créancier » ; dès lors, c'est à celui qui constate ces droits, qu'il appartient de se refuser à le faire, c'est-à-dire de les dénier.

L'argumentation est ingénieuse, mais elle ne saurait valoir contre ce principe fondamental, qu'au point de vue de la défense et de la gestion des intérêts départementaux, les préfets ne sont que les agents d'exécution, la décision devant appartenir aux Conseils généraux, qui seuls peuvent lier le contentieux administratif.

C'est, du reste, la solution adoptée par le Conseil d'État (2), et il adopte logiquement une solution analogue en matière municipale. Il faut donc, dans l'un et l'autre cas, que le Conseil général ou le Conseil municipal aient été saisis, qu'ils aient pris une déci-

1. Teissier. *Responsabilité de la puissance publique*, p. 190.

2. 30 juin 1905. Département de la Mayenne contre département d'Ille-et-Vilaine, page 576. Cf. *Revue départementale*, n° 2, p. 58 et s.

sion ou, par leur silence, permis de présumer le rejet, et il ne suffirait pas que cette décision ou cette abstention émanent du préfet ou du maire.

Le texte de la loi de 1900 vise seulement les affaires contentieuses *qui ne peuvent être introduites devant le Conseil d'État que sous la forme d'un recours contre une décision*. On doit conclure de là, que ne rentrent, dans le domaine d'application de la législation nouvelle, que les litiges qui sont de la compétence du Conseil d'État, et que ces derniers eux-mêmes n'y rentrent pas tous. Dans certaines hypothèses spéciales, en effet, et même devant ce haut tribunal, le recours direct est possible. Cela ne se produit, bien entendu, que dans certaines matières tout à fait spéciales.

Il en sera ainsi notamment lorsque le Conseil d'État sera appelé à statuer, non plus entre l'État et un particulier, mais entre deux personnes privées. C'est naturellement une hypothèse extrêmement rare, mais qui se présente néanmoins parfois et notamment lorsqu'il a, aux termes de l'article 21 de la loi du 18 avril 1806, à juger des difficultés surgies entre la Banque de France et ses employés ou des demandes de dommages formées contre cet établissement (1).

M. Hauriou fait remarquer que l'action directe a quelquefois été permise, quand les tribunaux adminis-

1. 9 février 1883; 3 juillet 1903, *Mercié c. Banque de France*, 485.

tratifs avaient à juger des questions de propriété. Il signale entre autres une espèce, dans laquelle un concessionnaire d'emplacements situés dans la réserve des cinquante pas géométriques, sur le rivage de la mer, dans la colonie de la Réunion, ayant reçu une sommation de déguerpir introduisit une demande de maintien en possession devant le Conseil d'État, qui l'accueillit (1).

Le même auteur invoque à l'appui de son opinion un arrêt du Tribunal des conflits qui, dans une hypothèse où il s'agissait de la demande formée par les anciens membres de la Congrégation dissoute des Oblats, en vue d'obtenir la mainlevée des scellés apposés sur une chapelle, déclara que la juridiction administrative était seule compétente pour apprécier la légalité des actes d'administration, et *pour connaître des mesures prises en violation des droits particuliers qu'ils* (les demandeurs) *prétendent leur appartenir.* Il suit de là, dit M. Hauriou, « que la juridiction administrative n'est pas compétente seulement pour « apprécier la légalité des actes d'administration (Décisions exécutoires), mais aussi pour connaître des « mesures prises en violation des droits des particuliers, c'est-à-dire des appositions de scellés qui sont « des mesures d'exécution, et des demandes tendant « à obtenir la levée des scellés (2). »

1. Hauriou, *Note, Journal du Palais*, 1906, III, 81.

2. *Journal du Palais*, 1906, III, 89.

Le Conseil d'État a encore admis le recours direct dans une hypothèse où il avait à homologuer un avis du Conseil de l'ordre des avocats au Conseil d'État approuvant le refus d'un avocat de communiquer à son client, après jugement de l'affaire, copie intégrale des mémoires qu'il avait produits(1).

Nous avons déjà vu que les affaires contentieuses de la compétence du Conseil de préfecture échappaient à l'application de la théorie de la décision préalable; elles échappent également, et par voie de conséquence, à celle de l'interprétation de l'abstention.

Cependant, il faut remarquer que parfois, pour certaines matières spéciales et notamment à propos de travaux publics, les cahiers des charges imposent aux entrepreneurs l'obligation de ne s'adresser au Conseil de préfecture qu'après avoir présenté une réclamation à l'administration, dont le silence prolongé pendant un certain temps est interprété comme un rejet. En voici deux exemples :

Dans le cas de difficulté s'élevant en cours d'entreprise entre l'ingénieur et l'entrepreneur, ce dernier devra, aux termes des articles 50 et 51 du cahier des clauses et conditions générales du 16 novembre 1866, modifiés par l'arrêté du 16 février 1892 (Ponts et Chaussées), s'adresser d'abord à l'ingénieur en chef, puis au Préfet. Ce n'est que dans le cas où

1. 4 juin 1897.

ce dernier rejetterait sa réclamation ou garderait le silence pendant plus de trois mois, qu'il pourra se pourvoir devant le Conseil de préfecture.

De même, l'article 70 du cahier des clauses et conditions générales du 25 novembre 1876 (Travaux du Génie) prescrit que, si des difficultés relatives à l'exécution des travaux, l'application des prix, l'interprétation du marché surgissent entre le chef du génie et l'entrepreneur, ce dernier devra en référer au directeur du Génie avec recours au ministre, et ce n'est qu'après le rejet de sa demande ou un silence de trois mois, qu'il pourra se pourvoir au contentieux.

Il est curieux de remarquer que l'on voit apparaître là comme un raccourci de la décision préalable, avec une anticipation de l'interprétation du silence.

CHAPITRE IX

Portée de la loi quant aux demandes auxquelles elle s'applique

Si l'on examine dans son esprit la loi de 1900, il est permis de dire, qu'en supprimant ce que l'on a pu appeler le privilège du silence, elle a affirmé d'une façon générale l'obligation pour les administrations d'examiner les demandes qui leur sont adressées.

Pourrait-on y trouver un argument en faveur du système, qui veut que les particuliers aient le droit d'obtenir une réponse à toutes les demandes qu'ils adressent ?

C'est ce que pense M. Marie qui écrit (1) que les administrateurs ont comme mission d'exprimer formellement la volonté de l'administration toutes les fois qu'ils en sont sollicités par les individus. Sans doute, celle-ci a comme rôle principal de défendre l'intérêt collectif ; mais cet intérêt comprend la satisfaction donnée à la masse des intérêts particu-

1. Marie. *Le droit positif et la juridiction administrative*, tome I, p. 486.

liers, toutes les fois que ceux-ci ne sont pas en opposition avec celui-là ; cette obligation ne sera complètement remplie que si les intéressés sont toujours avisés de la décision, quelle qu'elle soit, prise à leur égard.

Nous ne pensons pas qu'il soit possible d'aller tout à fait aussi loin.

D'une façon générale, l'individu a le droit de ne pas répondre aux sollicitations dont il est l'objet, sauf à voir son silence interprété comme un refus et à demeurer exposé à toutes les conséquences de fait et de droit que celui-ci peut entraîner. Y a-t-il lieu d'adopter une autre règle à l'égard des fonctionnaires ?

Sans doute, la situation de ceux-ci est particulière. On peut, dans une certaine mesure, admettre qu'ils sont, en même temps que les préposés de l'État, ceux de la masse des citoyens pris *ut singuli*, et se trouvent à ce dernier titre tenus à plus de complaisance.

Peut-être serait-il souhaitable que, même dans le cas de refus, ils répondent aux demandes qui leur sont adressées. De la sorte, ils seraient plus sûrement contraints d'accomplir les actes de leurs fonctions, en intruisant toutes les affaires qui leur sont soumises, et les particuliers seraient protégés contre ces longues attentes et cette incertitude plus épuisantes et plus préjudiciables parfois qu'un refus pur et simple et formel.

Cependant il paraît difficile de poser à ce sujet une règle juridiquement sanctionnée, dont l'application serait malaisée et qui pourrait conduire à des abus. Ainsi que nous l'avons fait observer plus haut, beaucoup parmi les demandes adressées à l'administration ne sont pas sérieuses et ne valent ni un examen, ni une réponse, et, sur ce point, force sera bien de s'en rapporter au zèle du fonctionnaire, à cette moyenne d'honnêteté et de confiance que l'on peut attendre de lui et à la garantie du contrôle hiérarchique.

Tout ce que la loi peut tenter, et tout ce qu'a entendu réaliser la loi de 1900, c'est de faire disparaître, dans des cas particuliers, les conséquences du silence, de l'interpréter dans le sens du rejet, en ouvrant ainsi aux intéressés tous les recours qu'ils pourraient avoir contre ce rejet.

Le domaine d'application de cette loi va se trouver nécessairement restreint ; il ne comprend pas les hypothèses dans lesquelles l'administration a une liberté absolue d'appréciation et peut accepter ou rejeter les demandes qui lui sont adressées, sans que l'intéressé puisse élever aucune plainte légitime et sanctionnée ; il en sera ainsi évidemment quand c'est une faveur qui est sollicitée. Peut-être, en pareil cas, aura-t-on le droit d'interpréter le silence comme un refus, mais à quoi bon, puisque ce refus ne donne ouverture à aucun recours.

Du reste, le texte ne vise que les matières contentieuses et, au nom de la commission, M. Chastenet, rapporteur, a eu bien soin de préciser sa portée.

Tout le monde est d'accord sur ce point, mais les avis diffèrent quand il s'agit de définir ce qu'il faut entendre par affaire contentieuse, dans le sens de l'article 3.

M. Artur interprète celui-ci dans un sens singulièrement restrictif et qui est, du reste, la conséquence logique de sa conception propre, telle que nous l'avons exposée, et d'après laquelle la théorie de la décision préalable, étroitement liée à celle du ministre-juge, n'en serait qu'une survivance.

« A notre avis, dit-il, ce texte s'applique à tous
« les cas où le ministre était jadis considéré comme
« juge, dans lesquels d'ailleurs il fonctionne encore
« comme juge aujourd'hui, puis à tous les cas analogues
« auxquels on a étendu depuis pour le département ou la commune, le principe dérivé du
« système du ministre-juge, qu'une décision administrative est le préliminaire indispensable d'un recours
« au Conseil d'État. Il ne s'applique à aucun
« autre cas...

« En d'autres termes, ce texte régit tous les cas
« où il y a droit violé et matière contentieuse avant
« la décision prétendue administrative, que l'on
« oblige le plaideur à solliciter et indépendamment
« du silence que l'administration pourra opposer à

« sa demande. Il doit rester étranger au cas où la
« violation de droit ne peut se produire et la matière
« contentieuse être fournie que par la décision ou le
« silence de l'administration. »

Il en sera ainsi, ajoute-t-il, dans l'hypothèse où
« l'administration s'abstient, non plus de juger, mais
« de faire des actes de sa fonction » (1).

D'après lui, le législateur a voulu empêcher le
ministre-juge de commettre de véritables dénis de
justice, et, pour cela, il le dessaisit au bout de quatre
mois, mais il ne s'est point préoccupé d'empêcher
les dénis d'administration.

Dans cette conception, le nombre des bénéficiaires
de la loi de 1900 se trouve assez limité : créanciers de
l'État, des départements ou de la commune, à la con-
dition toutefois que leurs affaires soient de la com-
pétence du Conseil d'État, — les réclamants contre
les élections de syndic d'Associations syndicales,
des membres des Chambres de Commerce ou des
Conseils de manufactures, — les candidats se pour-
voyant contre les vices de formes d'un concours
d'agrégation, — les communes réclamant contre les
conséquences d'un recensement...

Cette solution restrictive appelle toutes les criti-
ques que l'on peut élever contre la théorie générale,

1. Artur. *Séparation des pouvoirs et séparation des fonctions de
juger et d'administrer.*

dont elle procède, et que nous avons exposée dans la première partie de ce travail.

Une interprétation beaucoup plus large nous est fournie par MM. Hauriou et Laferrière.

La réclamation contentieuse, dit le premier, est « celle par laquelle on demande à un juge la solution d'une difficulté en courant le risque d'un procès » (1).

La théorie de l'interprétation du silence, dit le second, « produit ses effets, si l'autorité qui s'abstient de statuer était légalement tenue de rendre une décision. Tel serait le cas où le ministre serait saisi d'une demande de pension ou de liquidation d'une créance sur l'État ; celui où les préfets ou les maires ont à prononcer sur des demandes d'alignement ; tels seraient, en termes plus généraux, les cas où une autorité, hiérarchisée ou élective, a mission de statuer sur une demande qui s'appuie sur un droit et qui, par suite, exige une décision » (2).

En somme les deux théories diffèrent en ceci, c'est que la première exige, qu'avant la décision explicite ou implicite de l'administration, le droit de l'intéressé ait été violé, tandis que, dans la seconde, il suffit que le droit existe.

1. Hauriou. *Note*, Sirey, 1906, III, 120.

2. Laferrière. *Traité de la juridiction administrative*, t. II, p. 433.

C'est celle-ci qui nous paraît la plus conforme à la théorie générale de la décision préalable et à la pensée du législateur de 1900. C'est elle du reste qui a été suivie par le Conseil d'État.

Si nous examinons la jurisprudence de ce dernier, nous trouvons naturellement des espèces dans lesquelles le droit avait été violé antérieurement à la décision, et dans lesquelles on a admis par *a fortiori* l'application de la loi nouvelle (1) ; mais il en existe plusieurs autres dans lesquelles il y avait droit acquis mais non violé.

Voici deux exemples qui sont significatifs :

On sait que l'instruction générale du 20 juin 1859 (art. 1208) et le décret du 15 mai 1874 accordent aux agents de la Trésorerie détachés en Cochinchine pendant une période de six années et aux employés dont les fonctions cessent par suppression d'emploi une réintégration en France. Se basant sur ce texte, un agent du Trésor détaché aux colonies, et prétendant réunir cette double condition, demandait sa réintégration en France. Il s'adressa d'abord au ministre, et, celui-ci ayant gardé le silence pendant quatre mois, se pourvut devant le Conseil d'État. Il y avait ici droit ou allégation de droit acquis, mais non encore violé, puisque la violation ne pouvait résulter que de la décision à intervenir. Cependant le Conseil qui,

1. 22 mai 1903, *Daresle*, 397-401 ; 1^{er} juillet 1904, *Fabrique de l'église d'Annecy*, 534 ; 7 juillet 1905, *Baraton et autres*, 615.

du reste, devait rejeter au fond la demande, l'accueillit en la forme (1).

La même situation a donné lieu à la même solution dans une hypothèse où il s'agissait d'une demande de liquidation de pension en vertu de la loi du 9 juin 1853 (2).

C'est donc la théorie de MM. Hauriou et Laferrière qui triomphe en jurisprudence. Voici du reste un autre cas dans lequel il apparaît bien que le Conseil d'État interprète la loi dans un sens extensif :

Un abbé avait saisi le ministre d'une réclamation aux fins de transmettre devant le Conseil d'État une demande en recours pour abus. Le récépissé lui fut refusé, motif pris de ce que l'affaire n'était pas contentieuse. Le Conseil lui reconnut au contraire un caractère contentieux (3).

En résumé il est permis de conclure que le système nouveau créé par la loi de 1900 s'applique dans toutes les hypothèses où le réclamant invoque un droit acquis violé ou non violé, et ne laisse en dehors de son champ d'application que les demandes de pure faveur.

1. 12 décembre 1902. *Hémon*, 753.

2. 13 novembre 1903, *Aimé*, 678.

3. 7 août 1905, *Affaire Zill-Desilles*, p. 776.

CHAPITRE X

Détails et difficultés d'application et de procédure. — Le récépissé. — Les délais.

Nous savons que c'est le récépissé qui, en marquant la date du dépôt de la réclamation et le point de départ du délai de quatre mois, va rendre l'abstention équivalente à la décision et constituer en quelque sorte la clef de la procédure. Les conditions de sa délivrance ont donné lieu à une première difficulté.

Nous savons que la loi de 1900 ne s'applique qu'en matière contentieuse ; dès lors, il peut sembler que ce n'est qu'en ces matières qu'il y a lieu à la délivrance de récépissé ; mais nous avons vu également qu'il n'est pas toujours facile de savoir si une affaire est contentieuse ou non. Dans le cas où il existera un doute, à qui appartiendra-t-il de le trancher ?

Aux premiers temps de l'application de la loi, le ministre avait revendiqué ce droit qui, si cette solution eût triomphé, eût logiquement appartenu à toutes les autorités administratives.

Une telle interprétation eût été de nature à mettre

parfois en échec le principe de la loi. Le ministre ou les autorités administratives fussent en effet demeurés libres de déclarer qu'une demande n'avait pas un caractère contentieux, de refuser le récépissé, d'empêcher le délai de courir, et de fermer tout recours à l'intéressé. Sous une nouvelle forme, et, sans doute, avec moins d'étendue et d'inconvénients, le privilège du silence eût apparu de nouveau.

A propos d'une affaire dont nous avons déjà parlé, le Conseil d'État a décidé que, dans le cas où l'administration refuserait le récépissé, l'intéressé avait la faculté de faire constater le refus par un acte extrajudiciaire, et que cet acte suffirait pour faire courir le délai de quatre mois. Il a également dénié au ministre le droit de se faire juge du point de savoir si l'affaire est contentieuse ou non (1). Dans une autre hypothèse, il a même admis que le constat d'huissier pouvait être remplacé par une lettre recommandée (2).

Nous savons que le récépissé, réclamé et remis lors du dépôt de la demande, deviendrait inopérant, si postérieurement les intéressés déposaient des pièces ; il faudrait, en pareil cas, réclamer de celles-ci un nouveau récépissé, et c'est la date de la délivrance de ce dernier, qui fixerait le point de départ des quatre mois. Si les pièces avaient été envoyées à différentes reprises, c'est du dernier envoi qu'il

1. *Aff. Zill-Desilles.*

2. 10 novembre 1905, *Carrère et autres*, p. 810.

faudrait seulement tenir compte. Rien de plus naturel, en somme ; puisque pendant le délai qui lui est imparti l'administration est présumée délibérer, il est naturel que ce délai ne court qu'à partir du moment où elle a en mains toutes les pièces de nature à servir de base à sa décision. D'autre part, tant qu'elle ne possède pas tous les éléments du litige, il est permis d'espérer qu'elle fournira spontanément satisfaction aux intéressés.

En ce qui concerne la fixation du délai lui-même, nous savons que, dans le cas où l'autorité administrative qui devait rendre la décision est un corps délibérant, le délai sera prolongé jusqu'à l'expiration de la première session légale, c'est-à-dire ordinaire, qui suivra le dépôt de la demande. Cette précision est trop rationnelle, pour qu'il soit nécessaire de la justifier. Le législateur n'a pas voulu, qu'à l'occasion de litiges qui peuvent être minimes, on fût forcé de réunir le conseil général et le conseil municipal en session extraordinaire. C'est le premier ici qui est plus particulièrement visé, d'abord, à cause du long intervalle qui peut séparer ses sessions, et qui doit excéder de beaucoup quatre mois, aussi bien qu'à cause des difficultés matérielles que présente sa convocation.

L'expiration du délai doit s'envisager, non pas au

jour où le pourvoi est examiné, mais au moment où la demande est enregistrée au Conseil d'État. En effet, puisque le législateur présume que quatre mois sont nécessaires à l'administration pour prendre une décision, ce n'est qu'à partir de ce moment que le silence signifie un refus et que l'instance peut être introduite (1).

Tout ceci ne présente aucune difficulté théorique sérieuse, mais une question délicate s'est posée relativement au point de savoir dans quels délais l'intéressé qui bénéficie de la règle de l'article 3 doit se pourvoir contre le rejet présumé résultant du silence de l'autorité administrative. Le texte même de la loi est, en effet, muet sur ce point. Fallait-il assimiler de tous points les effets de la solution implicite à ceux de la solution explicite, et décider que, dans l'un et l'autre cas, les parties n'auraient que deux mois pour se pourvoir ?

Si l'on considère que l'article 3 a créé une fiction, il semble bien qu'à cette question il faille répondre par l'affirmative. La fiction, en effet, dans toutes les hypothèses où elle est admise par le législateur, doit produire exactement les mêmes effets que la réalité, non seulement dans les espèces spécialement prévues par le législateur, mais encore dans toutes celles qui peuvent se présenter.

1. 29 avril, *Lamy, Le Coader et autres*, p. 351 ; 9 décembre, 1904, *Chotard*, 801.

C'est une fiction, qui accorde la personnalité aux sociétés civiles ou commerciales, et, le principe une fois posé, son application est indéfinie, et l'être fictif créé par le législateur pourra, dans les limites de son action, accomplir les mêmes actes qu'un être réel, sans qu'il soit besoin pour cela de textes particuliers.

Si donc le législateur de 1900 a créé une fiction, l'autorité administrative doit être réputée au bout de quatre mois avoir rendu une décision fictive, qui doit produire les mêmes effets qu'une décision positive intervenue à la même date. Dans ces conditions, l'intéressé n'aura naturellement que deux mois pour user de son droit de recours.

La situation se présente sous un aspect un peu différent si nous admettons que l'interprétation du silence ne repose que sur une présomption. La présomption présente un caractère moins absolu ; elle se borne simplement à étendre à toutes les hypothèses l'application d'une probabilité, et elle tient pour démontré que l'autorité administrative a bien entendu repousser la réclamation à laquelle elle n'a pas répondu. Mais, ce refus implicite, réel ou supposé, ne se place pas à un moment déterminé ; il n'est pas daté. Or, c'est la date, et plus spécialement la notification de la décision, qui font courir le délai de deux mois. Si donc, nous restons fidèle à la théorie que nous avons développée dans un précédent cha-

pitre, nous sommes conduit à admettre que le droit de l'intéressé, qui veut se pourvoir contre le silence de l'administration, n'est enfermé dans aucune limite.

La jurisprudence du Conseil d'État a pu paraître à un moment hésitante. Dans un arrêt *Finet* (1), il semble admettre que le pourvoi contre la décision implicite doit être intenté dans le délai ordinaire. En effet, il a accueilli le recours, en donnant comme motif qu'il était intervenu dans les deux mois, d'où on pourrait conclure que s'il s'était produit après cette date, il eût été irrecevable. Mais, il faut se défier quelque peu des arguments *a contrario*, et dans deux autres arrêts, dont l'un est relativement récent, et qui sont l'un et l'autre très affirmatifs, il adopte expressément la solution opposée (2).

Il ne se base pas sans doute sur les considérations qui précèdent, mais il faut remarquer que les arrêts de ce haut tribunal ne sont pas, et semble-t-il par un dessein délibéré (3), motivés en doctrine. Les deux décisions se bornent à dire, à peu près dans les mêmes termes : « ...Considérant qu'aucune disposition de la loi n'a limité au délai de deux mois l'exercice de cette faculté... »

1. 4 août 1905, *Finet*, 738.

2. *Ducieux*, 7 août 1905, 782 ; *Monteux*, 7 mai 1909, 475.

3. *Barthélémy*, *op. cit.*

M. Hauriou est d'une opinion opposée. Il lui paraît difficile d'admettre cette conception d'un recours qui ne serait enfermé dans aucune limite. Il nous semble cependant, qu'en dehors même des considérations développées plus haut, la solution adoptée par le Conseil d'État se justifie aussi bien en pratique qu'en théorie.

Supposons, en effet, qu'un individu ait adressé une réclamation à l'administration ; celle-ci a fait une enquête peut-être, et, en tous cas, les pourparlers sont engagés ; on lui fait espérer une solution favorable. Cependant quatre mois se sont passés ; la loi de 1900 lui donne évidemment le droit de se pourvoir contre le silence de l'administration ; mais il croira sans doute ne pas avoir intérêt à le faire et aimera mieux attendre ; s'il laisse écouler ainsi deux mois, va-t-on le déclarer forclos ? Admettre l'affirmative, ce serait fournir à des administrateurs peu scrupuleux le moyen commode de tendre des pièges à des réclamants. Sans doute, nous nous garderons de soupçonner l'administration d'une telle perfidie ; mais ce serait déjà trop que de lui permettre de la commettre, ou de l'exposer à ce qu'on l'accuse de l'avoir commise si, après avoir fait attendre le réclamant pendant six mois, on repousse sa réclamation de très bonne foi et parce qu'elle est contraire au droit et à l'intérêt public.

Une telle situation nous paraît formellement con-

traire à la conception moderne, qui tend à concilier la dignité de l'administration avec les intérêts des individus.

D'autre part, personne ne conteste que, même après le délai de quatre mois, l'autorité administrative n'ait le droit de rendre une décision ; donc à son point de vue, son abstention n'a pas clos définitivement l'affaire ; il est logique qu'elle demeure également ouverte pour les intéressés.

On aboutirait autrement à une situation irrationnelle. Voici un réclamant qui, soit par négligence, soit par confiance à l'égard de l'administration, a laissé écouler six mois depuis sa réclamation ; il est, d'après la théorie contre laquelle nous nous élevons, dans l'impossibilité d'exercer aucun recours. Or, les circonstances font que son droit est tellement évident que l'administration elle-même ne saurait le dénier. Il va cependant se trouver entièrement livré à la bonne volonté de celle-ci, contre laquelle il ne peut désormais exercer aucun recours. L'arbitraire qu'on a voulu chasser du droit administratif y rentrerait donc par la porte que l'on aurait ainsi laissée entre-bâillée.

Remarquons pour conclure que l'on ne saurait établir une assimilation complète entre la décision explicite et la décision implicite. Dans le cas de la première, l'affaire a été examinée, et il est permis de présumer que c'est à bon droit que l'administration a repoussé la demande ; il n'y a donc pas d'in-

convénient à ce que l'individu reste, s'il s'abstient pendant deux mois, dans la situation qu'une décision administrative lui a faite ; dans le cas de la seconde au contraire, on peut supposer que sa demande n'a pas été examinée et qu'elle est fondée ; il serait par conséquent dur de lui fermer tout droit à recours, à un moment où rien n'autorise à affirmer qu'il a tort, et où il n'est même pas certain en fait que l'administration ait déjà pris une décision sur sa demande ; dans une hypothèse, le réclamant a été, par un acte précis, prévenu de la solution adoptée par l'administration, et indirectement mis en demeure de se pourvoir s'il le jugeait utile ; dans la seconde, rien de semblable et il peut toujours espérer qu'un acte tardif lui donnera gain de cause, et cette espérance explique son abstention.

Tout le monde reconnaît, il est vrai, que l'administration peut le relever de la déchéance qu'il a encourue, en rendant à n'importe quel moment une décision explicite. Mais la situation ainsi créée nous paraît contradictoire, ou tout au moins manquer de simplicité. On a dit qu'il était difficile de concevoir un droit de recours illimité ; nous trouvons plus étrange encore ce droit qui, une fois perdu, peut être rendu par le bon plaisir de l'administration. Si celle-ci est de mauvaise foi ou tient simplement à profiter de ses avantages, elle se gardera d'un refus explicite qui remettrait l'affaire en question, alors qu'elle n'a

qu'à ne pas bouger pour être à l'abri de tout recours. Si elle est de bonne foi, et aussi d'une loyauté scrupuleuse, il lui déplaira de s'abriter derrière le silence, et elle confirmera son refus implicite par un refus explicite, de façon à permettre le pourvoi.

A quelque point de vue qu'on se place, il nous paraît donc que le système du délai limité permet, dans certaines hypothèses, l'arbitraire administratif et arrive à créer un nouveau privilège du silence.

Au cours du raisonnement qui précède, nous avons constaté incidemment qu'on n'a jamais songé à dénier, et qu'on n'a même pas cru utile d'expliquer, le droit que conserve l'administration de rendre, même après le délai de quatre mois, une décision explicite qui se substitue à la décision implicite. Cette conception nous paraît difficile à concilier avec la théorie de la fiction. M. Labayle (1), dans l'excellent ouvrage que nous avons déjà cité voit là, au contraire, une confirmation de cette théorie : « Le Conseil d'État, « dit-il, précise bien le caractère fictif de l'assimilation faite par l'article 3 de la loi de 1900 ; dès qu'on « se trouve en présence d'une décision positive la « fiction disparaît. »

La fiction, sans doute, est une création artificielle de la loi, mais, une fois établie, il faut l'accepter avec sa portée et ses conséquences, et l'on ne peut

¹ 1. *La décision préalable*, p. 264.

pas, suivant les circonstances et à sa volonté, tantôt l'admettre et tantôt l'écarter.

Pour prendre un exemple, à propos duquel aucune contestation ne saurait s'élever, depuis le jour où la doctrine et la jurisprudence, à la suite de l'arrêt célèbre de 1891, ont admis d'une façon à peu près unanime la *fiction* de la personnalité des sociétés civiles, cette fiction s'est imposée d'une façon absolue, et personne n'a songé à faire à son encontre un raisonnement analogue à celui que nous venons d'indiquer, et à l'écarter quand elle devenait gênante, en alléguant qu'elle devait s'effacer devant la réalité.

Dé même, si le décret de 1864 et la loi de 1900 ont entendu établir une fiction, celle-ci doit produire, d'une façon générale, et, sans qu'il soit possible de faire des distinctions arbitraires pour la commodité des raisonnements, les mêmes effets que la réalité. Il faudrait donc admettre, qu'au bout des quatre mois, la décision fictive et négative est réputée rendue et notifiée. Si donc une décision réelle intervenait après cette date, ce serait une seconde décision, et il faudrait la considérer comme telle.

Ces difficultés et ces complexités ne se produisent pas, si, comme nous l'avons fait, à l'idée de fiction, nous substituons celle de présomption.

La présomption, en effet, quand elle est *Juris tantum*, disparaît devant la preuve contraire qui sera, suivant les cas, soit une preuve ordinaire, soit une

preuve manifestée dans des conditions déterminées.

La règle *pater is est...* peut être écartée par la procédure du désaveu, dans certaines hypothèses où les circonstances établissent avec évidence que le mari n'est pas le père de l'enfant ; et l'autorité de la chose jugée elle-même peut être combattue, dans le cas où la loi ouvre aux intéressés la voie de la révision et de la requête civile...

Il n'y a donc aucun inconvénient à ce que la décision présumée disparaisse si, une décision explicite survenant, il est démontré avec évidence que le silence de l'autorité pendant quatre mois n'avait pas la signification qu'on lui prêtait.

Nous n'éprouvons donc pas de difficulté de théorie à admettre que l'administration puisse à n'importe quel moment prendre une décision positive.

Cette solution est, du reste, favorable aux intérêts particuliers, en même temps que conforme aux règles d'une bonne administration. Les intéressés, en effet, courent ainsi la chance de bénéficier d'une décision favorable, et, d'autre part, il vaut infiniment mieux, à tous égards, que l'autorité administrative fasse connaître sa volonté d'une façon expresse et motivée, que de la laisser présumer par un silence, qui peut aussi s'interpréter comme une preuve de négligence et d'apathie.

Cette décision survenant, c'est à compter de sa noti-

fication que le délai du pourvoi va commencer à courir, puisque la présomption établie par la loi de 1900 cesse de s'appliquer.

Par là, l'administration se trouvera incitée à faire connaître à n'importe quel moment sa décision, qui aura pour effet de limiter le droit de recours de l'intéressé, lequel, sans cela, resterait perpétuellement ouvert.

Ces questions de délai peuvent donner lieu à quelques complications dans le cas de juxtaposition d'un recours hiérarchique et d'un recours contentieux.

Voici l'hypothèse (1) :

Une réclamation ayant été adressée à une autorité subordonnée, le réclamant, qui n'a pas reçu satisfaction, peut se pourvoir soit par voie hiérarchique, soit par voie contentieuse. S'il choisit celle-ci, il aura simplement à appliquer les règles générales.

Si, au contraire, il préfère la première, et si l'autorité supérieure garde le silence, il pourra, au bout de quatre mois, se pourvoir contre ce silence, sans limitation de temps, si l'on admet la solution du Conseil d'État à laquelle nous nous sommes du reste rallié ; dans les deux mois si l'on adopte la solution opposée. Il se produira, dans ce dernier cas, une superposition de délais assez curieuse : Délai de

1. Finet, 4 août 1905, *Recueil*, p. 738.

recours contre l'acte primitif, deux mois ; silence de l'autorité supérieure, quatre mois ; délai du recours contre le silence, deux mois : soit au total huit mois.

Si l'autorité supérieure annule la décision qui lui est déférée, il n'y a plus à se préoccuper des conditions d'un pourvoi qui pratiquement ne saurait se produire. Mais il peut arriver qu'elle se borne à la modifier sur certains points et que le réclamant ne reçoive qu'une demi-satisfaction dont il ne se contentera pas.

Il aura dans ce cas la faculté de se pourvoir au contentieux contre la décision nouvelle, alors même qu'il n'aurait pas été en état de se pourvoir contre la première (1).

Il faut remarquer que le recours hiérarchique en lui-même n'est pas soumis à des limitations de délai, et l'on peut se pourvoir par cette voie, même après deux mois, et à un moment où le recours contentieux ne serait plus possible. Mais dans notre hypothèse, c'est-à-dire quand le pourvoi a été encore partiellement accueilli, tout le monde admet que l'acte nouveau se substitue à l'acte ancien, et crée une situation nouvelle, de telle sorte que le Conseil d'État pourra, grâce au détour hiérarchique, être saisi d'un litige,

1. Jacquelin. *Les principes dominants du Contentieux administratif*, p. 241.

dont il n'aurait pu connaître, s'il lui avait été directement déféré.

Faut-il étendre cette solution à l'hypothèse où l'autorité supérieure rejette le recours, soit expressément, soit par son silence ? Le Conseil d'État, qui l'avait d'abord admis, est revenu ensuite sur sa jurisprudence et, dans une série d'arrêts, dont le premier remonte à 1881 (1), il déclare qu'il sera nécessaire, pour que le pourvoi contentieux soit possible, que le recours hiérarchique ait été intenté dans les deux mois.

Cette distinction nous paraît justifiée aussi bien en fait qu'en droit.

En fait, il ne faut pas que la faculté que possède l'intéressé de se pourvoir hiérarchiquement soit détournée de son but, et ait pour effet de relever l'intéressé des conséquences de sa négligence, de le soustraire à l'application des conditions mises à l'exercice du recours contentieux, et lui permette de faire indirectement ce qu'il n'aurait pu faire directement.

En droit, la nature même du recours hiérarchique explique très bien que, lorsque ce recours est accueilli, l'acte du subordonné disparaisse, et que l'on n'ait plus à tenir compte que de celui de l'autorité supérieure. Mais quand celle-ci a repoussé expressément le pour-

1. 13 avril 1881. Bansaïs, p. 432. Arrêt type, 24 février 1905. Société du canal de jonction de la Sambre à l'Oise. *Rec.*, p. 193.

voi, et plus évidemment encore, quand elle a gardé le silence, la décision primitive reste intacte. Le réclamant doit se trouver placé dans une situation analogue à celle dans laquelle il était, le jour où il a présenté son recours, et n'être autorisé à suivre la voie contentieuse que s'il eût pu s'y engager ce jour-là, c'est-à-dire s'il se trouvait à ce moment dans le délai de deux mois.

Sans doute, on peut objecter que théoriquement le recours vise le refus ou le silence du supérieur hiérarchique, mais pratiquement, c'est la décision ou éventuellement le silence du subordonné que le Conseil d'État aura à apprécier.

CHAPITRE XI

La loi de 1900 et la distinction entre la juridiction administrative et l'administration active

Grâce au système établi par la loi de 1900 et libéralement interprété par la jurisprudence, il est donc certain que les particuliers, dont le droit sera lésé par le silence de l'administration, pourront se pourvoir contre le refus implicite résultant de ce silence devant le Conseil d'État.

Mais il y a toute une série d'hypothèses, où le recours ainsi ouvert sera tout à fait insuffisant, ce sont celles qui se présenteront lorsque l'administration se sera abstenue d'accomplir un acte de sa fonction. Il en sera ainsi notamment dans le cas de refus de délivrance de permis de chasse ou de brevets d'invention, de refus de dérogation à la loi sur le repos hebdomadaire ou plus fréquemment encore de refus d'alignement...

Dans ces différentes espèces, il est certain que le Conseil d'État saisi peut annuler le refus résultant

du silence ; mais c'est tout. Il ne saurait se substituer à l'autorité administrative pour accomplir l'acte que celle-ci s'est tacitement refusée à faire.

Telle était la situation avant la loi de 1900, et il n'apparaît pas que cette loi y ait rien changé. C'est ce qu'explique nettement le rapport : « En se restreignant aux affaires contentieuses, le texte indique bien qu'il n'entend pas empiéter sur le domaine de l'administration pure, en dehors duquel doit s'exercer la juridiction du Conseil d'État. »

La plupart des auteurs sont d'accord sur ce point (1) ; certains cependant admettraient volontiers une distinction entre les hypothèses où l'administration a à prendre une décision véritable, comportant une liberté d'appréciation plus ou moins large, et celles dans lesquelles son rôle se borne à une simple vérification, l'individu tirant son droit de la loi, sous la réserve de certaines conditions. « La constatation « par une juridiction de l'accomplissement de ces conditions » (2) devrait alors permettre d'exercer ce droit. Il en serait ainsi notamment en matière d'alignement. Le droit de bâtir n'est que l'un des aspects du droit de propriété ; il appartient donc essentiellement au propriétaire qui, pour l'exercer, n'a, en principe, nullement besoin de la permission de l'admi-

1. Artur, *Séparation des pouvoirs et des fonctions de juger et d'administrer*.

2. Marie, *op. cit.*, t. II, p. 806.

nistration ; il demande simplement à celle-ci de constater que cet exercice se renferme dans les règles posées par la loi ou les règlements en matière de voirie.

Il est une hypothèse, du reste, où le Conseil d'État, saisi d'un recours contre un refus, se reconnaît le droit, après avoir annulé ce refus, d'accomplir lui-même l'acte (1) ; c'est quand il s'agit d'un refus d'autorisation à l'ouverture d'un établissement insalubre. Cette solution doit également s'étendre au cas d'un refus implicite résultant d'un silence de quatre mois.

Mais, cette jurisprudence présente un caractère exceptionnel, qui s'explique par ce fait qu'elle s'est formée à une époque où le Conseil d'État ne statuait pas en son nom propre, mais où les décisions délibérées par lui étaient réputées rendues par le chef de l'État. Ce dernier, à la fois juge et chef suprême de l'administration, pouvait, sans heurter aucun principe de théorie, refaire l'acte qu'il avait annulé. Cette façon de faire a survécu à la réforme de 1872 et on doit lui reconnaître le caractère d'une exception dont la portée ne saurait être étendue. D'une façon générale, le Conseil d'État se borne à déclarer que le refus formel ou présumé est entaché d'excès de pouvoir.

1. 6 avril 1895, *Racine*, p. 341 ; 14 mars 1902, *sieur Michel*, p. 186.

Le législateur de 1900 a donc reculé les limites de l'arbitraire administratif, mais il ne l'a pas supprimé. L'intéressé peut bien, malgré le silence de l'administration, obtenir la reconnaissance de son droit, mais c'est là une manifestation purement platonique et, si l'administration ne consent pas à s'incliner devant l'avertissement qui lui a été donné, il continue à être désarmé.

Est-il impossible qu'il en soit autrement, et sommes-nous ici arrivés à ce point où les particuliers ne sauraient théoriquement avoir d'autres garanties que la bonne volonté de l'État « honnête homme » ?

C'est ce que pense M. Hauriou, à propos de la matière de l'alignement, et il faut étendre évidemment cette solution aux situations analogues. « La puissance publique, dit-il, n'est obligée à rien vis-à-vis du propriétaire, et c'est pourquoi le Conseil d'État ne peut la contraindre à rien ; la puissance publique est obligée, seulement vis-à-vis d'elle-même, au point de vue des règles d'une sorte de moralité administrative, à ne pas commettre d'excès de pouvoir (1). »

En somme, nous voyons ici apparaître un des aspects de la théorie fameuse des droits-reflets : Ce que l'on appelle en droit public *droits de l'individu* ne serait que le *reflet* des obligations de l'État vis-à-vis de cet individu.

1. Sirey, 1902, III, 41, Note.

Cette théorie présente évidemment une part de vérité ; les droits ou prétendus droits, que les citoyens exercent au regard de l'État, ne sauraient être complètement assimilés à ceux qu'ils possèdent à l'égard des personnes privées, et, quoi qu'on fasse, ils s'en distingueront toujours par un point, c'est qu'ils ne seront pas complètement sanctionnés, en ce sens que l'on ne saurait imaginer de sanctions sociales en dehors de celles qui sont assurées par l'État, c'est-à-dire, en l'espèce, le débiteur lui-même, qui devra s'exécuter volontairement.

Nous nous garderons d'entrer dans le vif d'une discussion aussi délicate, et nous nous bornerons à renvoyer sur ce point à l'ouvrage déjà cité de M. Barthélémy.

Mais, nous devons remarquer que l'on ne peut supposer que l'État, pris comme tel, se dérobe à l'application de ces règles de moralité administrative qui sont sa raison d'être, pas plus qu'il n'est à redouter qu'il se refuse à payer les arrérages de la rente ou le montant d'une condamnation prononcée contre lui par les tribunaux judiciaires. Par le seul fait que son devoir lui est indiqué, et il ne saurait l'être avec plus de netteté et de certitude que par une décision du Conseil d'État, il est à présumer qu'il l'accomplira, et si, théoriquement, l'espérance légitime, que peuvent avoir sur ce point les individus, n'est pas équivalente à un droit juridiquement sanctionné,

on peut dire qu'elle comporte pour eux les mêmes avantages et les mêmes garanties.

Mais l'État ne saurait agir que par l'intermédiaire de personnes physiques qui, sujettes aux faiblesses et aux passions, pourront peut-être se dérober à leurs obligations administratives, quelque clairement indiquées soient-elles et, spécialement pour le cas qui nous occupe, ne pas tenir compte de la décision rendue par le Conseil d'État.

Ne saurait-on les y contraindre ou tout au moins réparer les conséquences de leur abstention ?

La question ne se pose pas bien entendu dans les hypothèses où l'administration jouit de sa pleine liberté d'appréciation ; la juridiction administrative empiéterait certainement sur les attributions de l'administration active en se substituant à elle pour l'accomplissement d'un acte dépendant de son initiative. La situation est loin d'être la même, quand cet acte est d'une nature telle, que l'on ne peut pas concevoir que l'administration se refuse à l'accomplir, et qu'elle l'accomplirait certainement sans la faute ou l'inertie de ses représentants.

Cette précision faite, on peut donner au problème posé deux solutions :

La première consiste à laisser intacte la liberté de l'autorité administrative et à ne toucher en rien à ses prérogatives. Même après la décision du Conseil d'État, l'administration demeurerait libre de ne pas

accomplir l'acte en question et de ne pas donner satisfaction aux intéressés ; en revanche ces derniers pourraient, le cas échéant, avoir droit à des dommages.

Du reste, dans la pratique, des dommages ont été fréquemment accordés dans le cas d'abstention systématique dans la délivrance d'alignements (1). On a beaucoup discuté sur l'explication juridique de ces dommages. Ne fallait-il pas y voir, au profit des particuliers, la reconnaissance d'un véritable droit, dont la violation engageait la responsabilité de l'administration ? C'eût été là la condamnation jurisprudentielle de la théorie de M. Hauriou, telle que nous l'avons énoncée tout à l'heure ; aussi ce dernier explique-t-il les différents arrêts intervenus sur ce point par des considérations d'espèces. Dans les divers cas où le Conseil d'État a statué de la sorte, la situation d'autorité ou de police pure, qui correspond à une demande d'alignement, se mêlait à une situation de gestion publique relative à l'exécution de travaux publics : l'administration voulait, en général, faciliter l'exécution de travaux projetés en empêchant d'élever des constructions...

M. Levavasseur de Précourt, s'expliquant sur le même sujet, observe qu'il y a là une sorte de quasi-dé-

1. 16 novembre 1875, *Laumonnier-Carriol*, 936 ; 30 juillet 1880, *Gallian*, 688 ; 1^{er} mars 1895, *Sauton frères*, 202 ; 3 août 1900, *Ville de Paris*, 535.

lit réalisé à l'aide d'un détournement de pouvoirs (1).

Sans insister sur ces interprétations, il nous paraît possible d'accorder des dommages, dans toutes les hypothèses, de la nature de celles dont nous parlons, toutes les fois qu'à la suite d'une décision du Conseil d'État annulant le refus implicite résultant du silence de quatre mois, l'autorité compétente ne donnerait pas satisfaction à l'intéressé. Le texte législatif, qui serait sans doute nécessaire pour atteindre ce résultat, ne se heurterait à aucun principe théorique et il ne trancherait pas nécessairement le point délicat de savoir quelle est la nature juridique des droits des individus au regard de l'État. Si celui-ci tient de sa nature même une situation qui le place souvent au-dessus du droit, il est, à d'autres égards, plus étroitement et plus rigoureusement tenu que les simples particuliers. Il doit notamment réparer le préjudice qu'il cause non seulement quand il y est tenu par l'application de principes juridiques, mais encore quand la simple équité l'y oblige. C'est là une conception, qui a été exposée par Laferrière, et que celui-ci a fait triompher à plusieurs reprises au Conseil d'État.

Peut-être au lieu de recourir au détour des dommages et intérêts, serait-il plus simple d'autoriser le

1. Sirey, 84, III, 44. *Conclusions*. Laferrière, II, 2^e édition, page 164.

Conseil d'Etat à substituer sa décision à celle de l'autorité administrative qui refuse ce qu'elle devrait évidemment accorder, ou qui s'abstient quand elle devrait agir. Nous avons vu que M. Marie considère que cette solution découle des principes généraux de notre droit administratif. Peut-être est-ce aller un peu loin ; cependant nous ne pensons pas qu'elle soit contraire à ces principes et rien n'empêcherait le législateur de la consacrer.

Rappelons que, sous le régime antérieur à 1872, on ne contestait pas au Conseil d'Etat cette faculté, qui s'expliquait sans doute par la fiction en vertu de laquelle c'était alors le chef de l'Etat, c'est-à-dire le chef suprême de l'administration, qui décidait. Or, il nous paraît illogique d'admettre qu'une réforme, qui a pour but d'augmenter l'autorité de la juridiction administrative et les garanties des individus, puisse avoir pour résultat de diminuer l'une et de supprimer les autres. Mais, alléguera-t-on, la mesure préconisée n'aura-t-elle pas pour effet d'amener une confusion entre la juridiction administrative et l'administration active ? Nous ne le pensons pas.

Dans les hypothèses dont nous nous occupons, en effet, et, ainsi que nous l'avons précisé à maintes reprises, il s'agit, non pas de concéder à l'individu une faveur ou même un droit, mais de constater l'existence et l'assiette de ce droit qui prend sa source dans la loi. On peut dire, pour employer la langue des ci-

vilistes, que le rôle de l'administration est déclaratif plutôt qu'attributif. Il y aurait donc quelque chose de choquant, lorsque son droit a été constaté d'une façon solennelle, à en refuser l'exercice à l'intéressé.

M. Berthélémy a établi avec beaucoup de force que le système créé par la loi de 1900 ne constitue pas un empiétement des Conseils chargés d'exercer la juridiction sur l'administration active : « Le rôle exclusif de ceux-ci, dit-il, est de dire le droit ; mais c'est bien encore dire le droit, que de reconnaître qu'un citoyen a droit à l'action administrative et que les administrateurs, par leur négligence systématique, ont injustement violé ce droit (1). »

Ne pourrait-on pas aller un peu plus loin encore, et affirmer que, lorsque le Conseil d'État constate, par exemple, qu'un propriétaire est dans les conditions nécessaires pour obtenir un alignement, *il dit encore le droit, en le lui accordant ?*

En admettant même que la solution à adopter comportât une légère part d'illogisme théorique, nous nous y résignerions assez facilement, car cet inconvénient nous paraîtrait préférable à la situation actuelle qui peut en somme se traduire ainsi : Le Conseil d'État proclame que le refus ou le silence viole le droit de l'individu, et cependant l'administration impassible persiste dans ce refus et dans ce silence. N'est-ce pas la possibilité d'un pareil état de choses,

1. Berthélémy. *Traité élémentaire de droit administratif*, page 925.

qui est en contradiction avec les principes généraux du droit moderne ?

Du reste, il ne faut pas s'étonner de rencontrer quelques illogismes dans le droit administratif qui tend en somme à concilier deux éléments inconciliables : la souveraineté de l'État et les droits des individus.

Le Conseil d'État a senti lui-même les lacunes du système actuel et a cherché à les atténuer à l'aide d'un procédé que M. Romieu indiquait ainsi : « Afin de bien préciser le droit des citoyens et l'obligation de l'administration, nous ne verrions aucun obstacle à ce que le Conseil d'État, après avoir annulé l'arrêté qui rejette une demande de dérogation fondée en droit, renvoie le demandeur devant l'autorité compétente pour faire l'acte... La proclamation du droit serait plus manifeste (1). »

En matière de dérogation à la loi de 1906 sur le repos hebdomadaire en effet, le Conseil d'État, après avoir annulé une décision implicite de refus, a renvoyé l'affaire devant le Préfet pour délivrance d'un arrêté d'autorisation (2).

1. 26 novembre 1906. *Conclusions*.

2. 30 novembre 1906, Rège-Roblot, 884.

Cf. 26 juin 1908, Daraux. Un créancier d'une commune, s'étant vu refuser par le maire le paiement d'une créance liquide et exigible, s'adresse au préfet pour requérir le mandatement d'office, conformément à l'art. 152 de la loi municipale. Le préfet refuse d'user de son pouvoir : il ne répond pas. Le Conseil d'État, saisi de ce refus, déclare

Le but ainsi visé est en soi excellent, mais on peut se demander si le moyen employé pour l'atteindre n'appelle pas quelques critiques. En somme, le renvoi ainsi formulé est une injonction, c'est-à-dire un ordre donné par un Conseil de juridiction à une autorité administrative active. On peut donc dire que là, il y a véritablement empiétement, et un empiétement d'autant plus blâmable qu'il est sans résultat ; il n'a même pas l'avantage d'avertir l'administrateur de son devoir, puisque celui-ci était très suffisamment averti par la décision elle-même.

Le principe de la séparation entre l'administration active et la juridiction aurait été beaucoup mieux respecté, nous semble-t-il, si, dans l'espèce que nous venons de citer, le Conseil d'État, après avoir constaté que l'intéressé se trouvait dans les conditions nécessaires pour obtenir la dérogation sollicitée, la lui eût en effet accordée.

Une réforme législative nous paraît donc sur ce point nécessaire et — soit que l'on décide que, lorsque l'administration n'aura pas, après annulation d'un refus implicite, et, bien entendu, dans les hypothèses dont il s'agit, donné, dans un certain délai, satis-

« que s'il ne lui appartient pas d'annuler le refus d'inscription d'office, comme le demande le requérant, il y a lieu de renvoyer ce dernier devant le ministre de l'Intérieur pour y être statué par la voie administrative, sur la suite que comporte sa demande », Sirey, 1909, 3, 129.

faction à l'intéressé, celui-ci pourra se pourvoir en dommages. — soit que l'on admette que l'arrêt d'annulation, quand il constatera un droit certain, vaudra autorisation, — elle complétera heureusement la réforme édictée par le législateur de 1900.

CONCLUSIONS

Le progrès réalisé par le législateur de 1900 est important, d'abord par ses conséquences pratiques, ensuite parce qu'il dénote chez le législateur la préoccupation d'augmenter les garanties des citoyens au regard de l'État.

Cette préoccupation est d'autant plus louable, et vaut d'autant mieux d'être signalée, que nous sommes à une époque où le rôle de l'État va s'amplifiant, et où il assume des tâches tous les jours plus nombreuses. Nous n'avons évidemment pas à approuver ou à blâmer cette évolution, mais, en nous plaçant au point de vue particulier qui nous occupe, nous devons constater qu'elle exige des précautions multiples, pour que la protection que l'on se propose d'accorder aux citoyens ne soit pas une source de vexations et d'arbitraire.

C'est pour cela que nous émettons le vœu que la loi de 1900 ne marque qu'une étape vers des réformes plus importantes. Mais dans quel sens ces réformes doivent-elles s'orienter ? Faut-il souhaiter et espérer la fusion du contentieux administratif et du

contentieux judiciaire, et plus spécialement faut-il considérer, que le législateur de 1900 s'est proposé de se rapprocher de ce but, en entamant la théorie de la « décision préalable » déjà condamnée dans sa pensée et destinée un jour à disparaître ?

Nous avons déjà eu l'occasion de donner notre opinion sur ces deux points ; nous avons montré la différence fondamentale existant entre le contentieux de droit commun et le contentieux administratif. Si, dans certaines hypothèses, l'État peut consentir, dans des litiges qui l'intéressent, à être traité comme un simple particulier, il en est d'autres où il ne saurait oublier qu'il a la charge et les responsabilités de la puissance publique, et où il doit éviter que celle-ci ne soit prise aux mailles de la procédure.

Les particuliers eux-mêmes, dans beaucoup des affaires qui ressortissent au contentieux administratif, ont intérêt à avoir affaire à une juridiction plus accessible, plus souple, moins traditionnelle et moins coûteuse que celle constituée par les tribunaux judiciaires.

Ce qu'il importe surtout, c'est de ramener la juridiction d'exception dans ses justes limites, et d'obtenir qu'elle fournisse aux particuliers le maximum de garanties compatibles avec sa nature. Au premier point de vue, ne pourrait-on, par exemple, lui enlever le contentieux des travaux publics qu'elle ne possède qu'en vertu d'une traditionnelle confusion ?...

Au second, ne serait-il pas logique de donner aux Conseils de juridiction administrative le caractère de véritables tribunaux ayant une hiérarchie propre, et qui ne se confondrait pas avec celle de l'administration active ? Ne pourrait-on désencombrer le Conseil d'État, en donnant aux conseils de préfecture des attributions mieux définies et un rôle plus actif ?...

Mais, à ces réformes près, nous croyons utile le maintien de deux juridictions parallèles, l'une judiciaire, l'autre administrative, qui auront, non seulement leurs compétences distinctes, mais encore des principes, des modes d'action et des procédures adaptés au rôle particulier de chacune d'elles.

Or, nous estimons que la décision préalable constitue précisément une modalité en parfaite harmonie avec la nature propre du contentieux administratif.

Nous avons, dans un précédent chapitre, tout en soulignant avec énergie les dangers qu'elle présentait naguère, indiqué avec impartialité les avantages pratiques dont elle est susceptible. Nous ne reviendrons pas sur ce sujet et nous nous bornerons à rappeler qu'elle nous a paru garantir à la fois les intérêts de l'individu et les droits légitimes de la puissance publique.

Nous ne pensons donc pas avec M. Hauriou que la loi de 1900 doive avoir pour résultat d'en amener « l'usure ». Nous estimons, au contraire, que non

seulement elle lui a donné une consécration légale, mais encore elle a assuré sa vitalité, en faisant disparaître le plus grave des reproches que l'on pouvait lui adresser.

La « décision préalable », en effet, depuis qu'elle ne crée plus au profit de l'administration le privilège du silence et ne place plus celle-ci au-dessus du droit et à l'abri des réclamations des intéressés, a cessé de constituer un intolérable abus, pour devenir un acte normal de procédure, correspondant à ce que sont dans le contentieux de droit commun et dans les litiges entre particuliers la mise en demeure ou le préliminaire de conciliation.

Elle conserve donc sa place dans cette évolution, dont nous avons signalé le caractère et qui, sans arriver à confondre le contentieux administratif et le contentieux de droit commun, nous permet d'espérer que le premier se transformera de façon à offrir aux intéressés des garanties suffisantes de bonne justice et à concilier les prérogatives des autorités avec les droits des individus.

Vu : le Président de la Thèse,

H. BERTHÉLEMY

Vu : le Doyen,

P. CAUWÈS

Vu et permis d'imprimer :

Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris,

L. LIARD

BIBLIOGRAPHIE

- ARTUR. — Séparation des pouvoirs et des fonctions de juger et d'administrer.
- BARTHÉLÉMY. — Essai d'une théorie sur les droits subjectifs des administrés. Paris, Larose, 1899.
- BERTHÉLÉMY. — Traité élémentaire de droit administratif. Sixième édition, 1910.
- HAURIOU. — Précis de droit administratif et de droit public général.
— La gestion administrative. Paris, 1899.
- JACQUELIN. — Les principes dominants du contentieux administratif.
- JÈZE. — Les principes généraux du droit administratif. Paris, Berger-Levrault, 1904.
- LABAYLE. — La décision préalable, condition de formation du contentieux administratif. Paris, Rousseau, 1907.
- LAFERRIÈRE. — Traité de la juridiction administrative, 1887-1888, 1896.
- MARIE. — Le droit positif et la juridiction administrative. 1903, Chevalier-Marescq.
- TEISSIER. — Responsabilité de la puissance publique. Paris, 1907.

Revues

Pandectes françaises.

Recueil de législation de Toulouse, 1905, 1906.

Recueil de Sirey.

Recueil des arrêts du Conseil d'État.

Revue du droit public. Années 1900-1902-1903-1905.

Revue pratique de droit français.

TABLE DES MATIÈRES

	Pages
CHAPITRE I. — Considérations générales sur le caractère exceptionnel du droit administratif. . . .	5
CHAPITRE II. — Brèves indications sur la théorie de la décision préalable et son fondement doctrinal .	10
CHAPITRE III. — Avantages et abus de la théorie du préalable. — Dénî de justice et déni d'administration.	19
CHAPITRE IV. — Du déni d'administration. — Examen théorique des moyens à employer pour en éviter les inconvénients	27
CHAPITRE V. — La signification de l'abstention. — Le devoir du fonctionnaire. — L'administration positive et l'administration négative. — La présomption du rejet.	36
CHAPITRE VI. — Atténuation des inconvénients du déni d'administration. — L'article 7 du décret du 2 novembre 1864 et l'œuvre de la jurisprudence.	45
CHAPITRE VII. — L'article 3 de la loi du 17 juillet 1900. — Sa signification juridique. — Crée-t-il une fiction ou une présomption? Infirme-t-il la théorie du préalable?	55
CHAPITRE VIII. — Portée de l'article 3 quant aux autorités qu'il vise et aux tribunaux devant lesquels il s'applique. Étude des difficultés que la question soulève	64
CHAPITRE IX. — Portée de la loi quant aux demandes auxquelles elle s'applique.	73

CHAPITRE X. — Détails et difficultés d'application et de procédure. — Le récépissé. — Les délais. . .	81
CHAPITRE XI. — La loi de 1900 et la distinction entre la juridiction administrative et l'administration active.	97
CONCLUSIONS	110

